KÖPRÜLÜ KÜT.
542


تكملة ابن همام قاضی زاده
٢٤٥

كتاب الصلح
كتاب العارية
كتاب المكاتب
كتاب الحجر

كتاب المضاربة
كتاب الهبة
كتاب الولاء
كتاب المأذون
كتاب الشفعة

كتاب الوديعة
كتاب الاجارات
كتاب الاكراه
كتاب الغصب





٥٤٧



[illegible]

كتاب الصلح

قد مر مناسبة الصلح بالاقرار في اول كتاب
الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة واصله
من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال علي حسنه الذاتي وفي الشريعة
عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كما في سائر
المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح
قال صاحب العناية اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين
بالتعيين واما اذا وقع الدعوي في الدراهم والدنانير وطلب الصلح علي
ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الي قبول المدعي عليه
لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب
البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما
لم يقل الطالب قبلت انتهي اقول فيه بحث اما اولا فلانه سيأتي
في الكتاب ان الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال بمال اعتبر فيه ما يعتبر
في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت
او انكار كان في حق المدعي عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي
بمعني المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقوع الدعوي في الدراهم والدنانير
وطلب الصلح علي ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب
ان [illegible]م الصلح بقول المدعي فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء

لبعضه





لبعضه الآخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي واما في حق
المدعي عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله [illegible]
حتي يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما ثانيا فلانه اذا وقع الدعوي فيما
يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح علي قطعة منها ولم يذكر البراءة عن
دعوي الباقي كان الصلح صحيحا علي ما سيجيء في الكتاب فينبغي ان يتم هناك ايضا
بقول المدعي فعلت بدون قبول المدعي عليه لكونه اسقاطا لدعوي بعض الحق بمثل ما
قال فيما اذا وقع الدعوي في الدراهم والدنانير وطلب الصلح علي ذلك الجنس فلا
يتم اطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب
البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الاول قاصر عن افادة كلية المدعي وهو
ركنية الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره
لا يتمشي في كل صورة من الصور الثلث المندرجة في الضابطة المذكورة
للصلح بل انما يتمشي في كل صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار
وكان عن مال بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض
ولانواعه شروط اخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوي
المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية اخذا من النهاية وحكمه
تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم او مقرا ووقوعه للمدعي عليه في المصالح عنه
ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه
وقوع البراءة عن دعوي المدعي احتمل المصالح عنه التمليك او لا انتهي اقول فيه كلام
وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوي فانهم صرحوا
بانه اذا ادعي حقا في دار رجل وادعي المدعي عليه حقا في ارض بيد المدعي [illegible] اصطلحا
علي ترك الدعوي فانه جائز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عليه [illegible] تملك

المدعي عليه اياه وبرائته عن دعوي المدعي وفي جانب المصالح عليه قسما واحدا
هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا
فما لا يخلو عن تحكم فان نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك
الدعوي في ذلك امر ظاهر مبني علي المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في
ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الآخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر
الي ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر الي الآخر وهو مما يحتمل التمليك قطعا قلنا في ذا يتاتي
فيما اذا ادعي كل واحد منهما علي الآخر قصاصا فاصطلحا علي ترك الدعوي والعفو
من الجانبين اذ لا شك انه كما ان ترك الدعوي والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك
نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور تملك المدعي المصالح
عليه بل انما يتيسر فيها برائة كل واحد منهما عن دعوي الآخر بقي ههنا كلام
آخر وهو انه اذا ادعي رجل دارا وانكر المدعي عليه ودفع المدعي الي ذي اليد شيئا
بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سياتي في الشروح واصل المسئلة
في الفصل السابع من فصول الاستروشني مع انه يملك هناك المدعي المصالح عنه
والمدعي عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في الجانبين طردا وعكسا
فتامل **قوله** الصلح علي ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان
لا يقر المدعي عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في العناية الحصر علي هذه الانواع
ضروري لان الخصم وقت الدعوي اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن
النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا انتهي
اقول يرد علي ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو
عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت
الدعوي اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع

عن قسميه معا فيبقي الاعتراض بهذه الصورة علي قوله الحصر علي هذه الانواع ضروري
ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم مجيبا هو السكوت
عن التكلم مجيبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المزبورة في
القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله اما ان يسكت فيصح قوله الحصر علي هذه
الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعي عليه
ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الي ان المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون
مطلق السكوت لان معني مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر
في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا **قوله** وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالي والصلح
خير. تسامح المص ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق قوله تعالي مع انه لا يذهب
عليك ان الدليل علي جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق
قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في امثال هذا ابناء علي ظهور المراد
وتنبيها علي فائدة يفيدها تلك العبارة كما في توصيفهم العلم بحصول صورة الشيء
في العقل مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل علي ما حققه الفاضل
الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المص لاطلاق قوله
تعالي اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الي الموصوف انتهي
اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان اضافة الصفة الي الموصوف ليست
بجائزة كاضافة الموصوف الي الصفة علي ما هو المذهب المختار المقرر في
كتب النحو حتي انهم اوّلوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرجه عن
ان يكون من قبيل اضافة الصفة الي الموصوف فما معني حمل كلام المص ههنا
علي ذلك واما ثانيا فلان الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الاطلاق
والكلام في توجيه اطلاق قوله فلا يجدي حديث اضافة الصفة الي الموصوف

شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا وقال صاحب العناية فان منع الاطلاق
لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا
بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص
السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان
عاما ولانه وقع قوله تعالى ان يصالحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله
والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه من جنسه انتهى اقول ان الجواب الاول
والثالث من هذه الاجوبة الثلثة ليسا بتامين اما الاول فلان كون الاعتبار
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله
منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير
خاصا وانما يجدي نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه واريد تخصيصه بخصوص
السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال ان التكلم
بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي في حال ورود الآية الكريمة فمسلم
لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله في الاستقبال الا يرى انك اذا قلت
الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك ان تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كاين
في الحال وانما تحقق ذلك الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل
فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه وان اراد بذلك ان الصلح الذي اخبر بانه
خير كان في الحال فهو ممنوع فالصواب من بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني
وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح اخذا من الاسرار ووجه كون
الصلح عاما في قوله تعالى والصلح خير على تقدير ان ذكر للتعليل هو ان العلة لا تتقيد
بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها كذا قالوا وهو
التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون

حينئذ

حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول كانه قيل لان هذا صلح وصلح خير وكلية
الكبرى شرط لانتاج الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء
على هذا الجواب ايضا حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لا بدل الفاء بالواو
انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ذاك الابدال انما يلزم لو كان تعليلا من حيث
اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى
اخرجه مخرج التعليل ما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير وقال في غاية
البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلوة خير على ان قوله تعالى
والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة
التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى
فلا يلزم الابدال ههنا اصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمناه يعني
الاطلاق في قوله تعالى والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين
وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امراة نكاحا فانكرت
لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في
بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى اقول يرد على ظاهر قوله وصلح
من ادعى على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة
الكتب حتى الهداية والبداية فيما سيأتي وهو انه اذا ادعى رجل على امراة نكاحا
وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع
ثم اقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة واخواتها بما
هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل
واخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه
عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني ولم يتعرض للمنع واما صاحب

وان كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال المذكور
مما اورده الشافعية فهم اخذوا في هذه المسئلة
صح

غاية البيان فتوض لهما معاحتي قال في الجواب ههنا على انا نمنع عدم جواز
الصلح في دعوى النكاح عليها اذا انكرته فصالحت على مال لانه يجوز وبه
صرح القدوري في مختصره وسيجئ ذلك في فصل عقيب هذا انتهى
وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب
يدل على ذلك ما ذكر في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد
علينا سؤال الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على
امراة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز ولئن صحت تلك المسئلة
كما اوردها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى
قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا • الاظهر ان يقال لآخر ما
روينا لان اوله حجة عليه لا له قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة وهذا رشوة • الظاهر ان هذا دليل آخر مستقل للشافعي على مدعاه
ههنا وهو عدم جواز الصلح مع انكار او سكوت فيكون معطوفا على قوله لما روينا
لا على قوله لان البدل كان حلالا الخ كما يشعر به قول صاحب النهاية او نقول و
هذا بهذه الصفة لان المدعى عليه اذا كان منكرا لم يتوجه عليه بدعوى المدعي
حق فبقي بذل المال من المدعى عليه رشوة ودفعا للخصومة من نفسه واذا صار
تمليكا بهذه الجهة لا يقع التملك من المدعي الا بهذه الجهة لان ما بذل حق المدعى
عليه وملكه فلا يثبت لغيره ملك الا بالجهة التي تملكها وهو قد تملكه بجهة الرشوة
وهي حرام انتهى كلامه فتدبر قوله ولنا ما تلونا واول ما روينا • كرر ذكرها تاكيدا
وتوطئة لقوله وتاويل آخره الى آخره والا لكفى ههنا بيان هذا التاويل مع
بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله
الشافعي والجواب عنه يتم بهما نعم بقي اشكال في قوله واول ما روينا وهو ان

المفهوم

المفهوم منه ان يكون اول ذاك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس
بصحيح لان آخره مستثنى من اوله وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح
المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتاخر حكم صدر الكلام عن اخراج
المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء
حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن ان يوجه
بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله واول ما روينا
فحاصل الكلام ان لنا اول ما رويناه مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة
هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظة اول ههنا مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما
يخل بالكلام ويضر بالمقام كما نبهنا عليه فالاولى ان تطرح من البين قوله وتاويل
آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطاء الضرة • وحمله على
هذا احق لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما
ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك فالصلح يقع على بعض الحق في العادة
فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان
حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية
في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل
على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا
على بعض الحق فما زاد على الماخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح
وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعرفنا ان المراد به
ما كان حلالا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه
لو حمل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على
الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة اذ لا فرق

وهذا بناء على ان المطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في موضعه

بين الصلح على الاقرار والصلح علي غيره في الصحة علي تقدير ان يحمل آخر الحديث
علي الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة علي تقدير ان يحمل
آخره علي ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه ايضا فمدار التاويل والحمل في آخر
الحديث انما هو لفظا الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه
لو حمل علي ما يعم الحرام والحلال لعينهما [ولغير عينهما] لكان الصلح علي الاقرار كالصلح علي غيره في الاشتمال
علي احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء اورد علي قوله لان الصلح في العادة
لا يكون الا علي بعض الحق بان قال هذا يختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين
فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح علي بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى
الباقي كما سيجيء انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز
الصلح علي بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه علي بعض
الحق في العين اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح علي بعض الحق في العين مشروطا
بالابراء عن دعوى الباقي علي انه ليس كذلك اذ لجواز الصلح علي بعض الحق في العين طريق
آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى
كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا علي بعض الحق في العين ايضا
قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الي قوله ودفع
الرشوة لدفع الظلم امر جائز هذا دليل عقلي علي ما ذهب اليه ائمتنا من جواز
الصلح مع انكار او سكوت ايضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما
قبل وهو قوله ولان المدعي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح
لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم
لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول علي ما اذا كان علي
صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد

الورثة

الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع انتهى
واعترض بعض الفضلاء علي الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما
الدليل علي انه محمول علي ما ذكر غير مجري علي عمومه انتهى اقول الدليل عليه ما ورد
من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في
الدين من حرج ولا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج قوله فان وقع
الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ هذا لفظ
القدوري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله علي اقرب العقود اليه كما
صرحوا به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه علي اي عقد يحمل لكنها ليست بتامة
لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال او بمنفعة كما اذا اوصى لرجل بسكنى
داره سنة فمات وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك علي دراهم
معينة او علي خدمة عبد شهرا او علي ركوب دابة شهرا فان كل ذلك جائز علي
ما صرحوا به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى
عقد الاجارة وكذا يقع عما ليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو
بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ايضا كما سيأتي في الكتاب مع
انه ليس بمذكور ايضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد
الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع
الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق علي مال وعن دعوى الزوج
النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بداخل ايضا في الضابطة المذكورة
ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال استغنى عن
ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك
ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر

ثم ان كون الصلح عن اقرار في معني البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع
علي خلاف جنس المدعي واما فيما اذا وقع علي جنسه فان كان باقل من المدعي
فهو حط وابرآء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل
وربوا صرح به في التبيين وغيره قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي
عليه لافتدآء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعني المعاوضة لما بينا اشار
به الي ما ذكره بقوله لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه اقول ههنا كلام
وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعني المعاوضة ممنوع
فانه اذا ادعي عينا وانكر المدعي عليه او سكت ودفع المدعي الي المدعي عليه شيئا بطريق
الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا علي ما صرحوا به مع انه في حق المدعي ليس
بمعني المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض
انسان ملك نفسه بل هو في حق المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا
به ايضا قوله او يلحق به ذكر البرآءة عن دعوي الباقي قال صاحب النهاية
فان قلت كيف صورة البرآءة قلت هي ان يقول قد برئت من هذه الدار او يقول
قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتي لو ادعي بعد ذلك وجاء ببينة
لا تقبل اما لو قال ابرأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتي في هذه
الدار فهذا واشباهه باطل وله ان يخاصم فيها بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين
قوله ابرأتك فان في قوله ابرأتك انما ابراه من ضمانه لا من الدعوي وعن هذا قالوا
ان عبدا في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريا منه ولو قال ابرأتك منه كان
له ان يدعيه وانما ابراه من ضمانه كذا في الذخيرة الي هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان
بيان صورة البرآءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للمشروح وهو
قول المص او يلحق به ذكر البرآءة عن دعوي الباقي يدل علي صحة البرآءة من العين و

ليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح علي بعض المدعي في العين بدون الحيلة
في تصحيحه باحد الامرين انما هو عدم صحة البرآءة من العين والا لصح الصلح علي
ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح علي بعض
المدعي في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت
من دعواي في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابراه
من ضمانه لا من الدعوي انما يتمشي في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله
ابرأتك عن خصومتي لان الابرآء من الخصومة هو الابرآء من الدعوي وقد صرح
بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في
يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابرآء انما هو قول الآخر ابرأتك منه لا غير
فتبصر فصل لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان
ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز قوله والصلح جائز عن دعوي الاموال هذا لفظ القدوري
في مختصره قال المص في تعليله لانه في معني البيع علي ما مر اقول ههنا شيء وهو
ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوي الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال
بمال والصلح عن مال بمنفعة فان اجري علي اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل
المص بقوله لانه في معني البيع علي ما مر لظهور ان الصلح عن مال بمنفعة ليس في
معني البيع بل هو في معني الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال
كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة مع انه معقود لبيان (في هذا الفصل)
انواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من المقيد بلا ضرورة لا يقال
انما ترك ذكر النوع في هذا الفصل بناء علي كونه معلوما فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك
بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر قوله والمنافع بالجر عطف
علي الاموال اي وعن دعوي المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المص في تعليله

لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح اقول لقائل ان يقول يشكل هذا التعليل بما ذكره
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح
في الوصايا حيث قال واذا اوصي الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه
فصالحه الوارث من خدمته علي دراهم او علي سكني بيت او علي خدمة عبد آخر او علي
ركوب دابة او علي لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس ان لا يجوز لان الموصي له بمنزلة
المستعير والمستعير لا يقدر علي تمليك المنفعة من احد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح الا انا نقول
بان هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية
ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك والاسقاط فان لم يكن تصحيحه تمليكا امكن (تحتمل ح)
تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط
الي هنا كلامه فان الموصي له اذا لم يقدر علي تمليك المنفعة الموصي بها من احد لم
يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح
ثم اقول يمكن ان يقال ان الموصي له وان لم يقدر علي تمليك المنفعة الموصي بها
حقيقة الا انه يقدر علي تمليكها حكما من حيث انه يقدر علي اسقاطها ببدل والي ذلك اشار
اليه الامام الاسبيجابي بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فمعني تعليل المص
ان جنس المنافع يملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا يملك حكما بالصلح كما اذا
صالح عن المنفعة الموصي بها فعلي هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشخصين قال الامام
النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوي المنافع بان ادعي في دار سكني سنة وصية من
رب الدار فجحده او اقر به فصالحه الوارث علي شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة
فكذا بالصلح انتهي وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي في
شرح الكافي للحاكم الشهيد علي ما مر وانت خبير بما بين ما نقل من الاسبيجابي والكافي
من المخالفة ونقل في جواز الاجارة روايتين فلينأمل انتهي اقول

المخالفة

المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ
العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس
المنافع بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصي بها كسكني دار سنة مثلا وليس مراده
انه كما جاز اخذ العوض عن منفعة معينة هي سكني دار سنة وصية من رب الدار
بالاجارة كذلك جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتي يلزم المخالفة
ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الكافي من
انه اذا اوصي الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من
خدمته علي دراهم او علي سكني بيت او علي خدمة عبد آخر او علي ركوب دابة او
علي لبس ثوب شهرا فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من انه
اذا اوصي الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث
من الخدمة علي دراهم جاز وكذلك لو صالحه علي خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك
لو صالحه علي ركوب دابة شهرا او لبس ثوب شهرا فهو جائز انتهي يخالف لما ذكر
في كثير من الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح عن المنفعة علي المنفعة وان اتحد
جنس المنفعتين حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة عبد علي خدمة عبد آخر
والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في
البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكني دار علي
خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة
كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح علي المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات
ويفسد بما تفسد به انتهي وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع علي المنفعة اذا
كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكني علي خدمة العبد او زراعة الارض
او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسها كما اذا صالح عن السكني علي السكني او عن الزراعة

على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف
الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات
فتدبر قوله والصلح ان الاصل يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا
لتصحيح تصرف العاقل ما امكن اقول لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى
من الجانبين ويجوز كما صرح به فما كان حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما اذا
وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل قوله وهو بمنزلة النكاح حتى
ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال قال الشراح
في شرح قوله حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا ولا ينعكس هذا اي لا يقال كل ما يصلح
بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح
عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه
لو صالح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو
عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا
باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوما
والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر
انتهى كلامهم اقول فيه اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل الصلح في
جناية العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المص اذ كل واحد
منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه
القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك
مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المص حتى ان
وهم صاحب النهاية وصاحب العناية
ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار او على خدمة
عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو صالحه على

وصاحب الكفاية وتاج الشريعة

ذلك ابدا

ذلك ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم
يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز
الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا
في الصلح ينافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما
ذكروا يبتني على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في
تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لان لا يصلح صداقا فان جهالته
تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر قال بعض الفضلاء على
قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال
في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل
ان ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف
يصلح مهرا في النكاح وينصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن
دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتأمل فان
فيه مخالفة اخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية
فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف
جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح
مهرا في النكاح وهذا امر لا سترة به قوله واما الثاني وهو جناية الخطاء
فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه شيء وهو انهم صرحوا بان
الصلح اذا كان على جنس ما استحقه المدعي على المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة
وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسيأتي ذلك في الكتاب
ايضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطاء اذا كان
على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها بعينه او كان

علي جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضي باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل
فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتامل قوله وجه الاول ان يجعل زيادة
في مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها علي اصل المهر دون الزيادة فيسقط
الاصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان
وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه علي
مال والصلح عن النكاح علي مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة
في المهر انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح علي مال
عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان
ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا فلابد ان يجعل ما بذله لها زيادة في
المهر وهذا وجه لا غبار عليه قوله فان جعل ترك الدعوي منها فرقة فالزوج
لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المراة هي التي
تسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح
اقول لمانع ان يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم
له منها اصل المهر اذ لولا هذه الفرقة للزمه مهرها عند اثباتها النكاح فجاز ان
يعطي الزوج العوض ليسلم له اصل المهر في ضمن هاتيك الفرقة التي هي في معني
الخلع فان قلت يجوز ان يكون مراد المص فالزوج لا يعطي العوض بناء علي
وقوع هذه الفرقة من جانب المراة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح
هذا المقام حيث قال يعني ان هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض في الفرقة
من جانبها علي الزوج كالمراة اذا امكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء
انتهى ويشير اليه قول صاحب العناية فان جعل ترك الدعوي منها فرقة
فلا عوض علي الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها انتهى فما ذا حال هذا

المعني

ترك النكاح بمال فرقة ببدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط اصل المهر فلابد ان يجعل صح

المعني قلت يرد عليه ايضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المراة انما يمنع
اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا
مكنت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها لسبب الفرقة براي الزوج و
رضاه كما فيما نحن فيه اذ كان تركها النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث
تصالحا عنه علي مال بذله لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المراة في مثل
ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض الا يري انه لو قال رجل لامراته طلقي نفسك
او قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها ان تطلق نفسها ما دامت
في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن
وقوع الفرقة من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر علي الزوج كما كان مانعا
عنه فيما اذا امكنت ابن زوجها فكذا ههنا لا يكون وقوعها من جانبها مانعا
عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر قوله او حقه في مثله صورة ومعني لان
ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الي القيمة بالقضاء الخ قال صاحب العناية و
في كلام المص تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان
وجوب المثل صورة ومعني انما هو في المثليات ولا يصار فيها الي القيمة الا اذا انقطع
المثلي فحينئذ يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام
المص علي التسامح ومنشا ذلك انه زعم ان مراد المص بالحق في قوله او حقه في مثله
صورة ومعني هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيميات لان اخذ المثل فرع
وجوده ووجود المثل صورة ومعني انما يتصور في المثليات وليس مراد المص
ذلك قطعا بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة ان الواجب في ذمة الغاصب حقا
للمالك مثل الهالك صورة ومعني وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم
يتصور حق الاخذ الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان و

الثوب في النكاح والدية وغيرهما علي ما مر جوابه ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في
الذخيرة ونقل عنها في النهاية بان قال والوجه لابي حنيفة رح ان هذا اعتياض
عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحيوان
القائم حقيقة وانما قلنا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لان الواجب
في رقبة الغاصب حقا للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون
مقيدا بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب
والحيوان نحو المكيلات والموزونات وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في
النكاح والدية الا ان عند الاخذ يصار الي القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى
غير ممكن الا بسابقة التقويم والآخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت
الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك
فصح ما ادعينا ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان انتهى والعجب
من صاحب العناية انه بعد ما نظر الي النهاية وسائر المعتبرات واطلع علي ما فيها
كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك
اشارة الي ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الي القيمة الا بالقضاء فقبله
ان تراضيا علي الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان
الحق قد انتقل الي القيمة انتهى اقول عذره اقبح من ذنبه لان المص ههنا ليس بصدد
بيان المسئلة حتى يفيد اشارة الي اشتراك المسئلتين في الحكم سيما بل هو
ههنا في مقام الاستدلال علي قول ابي حنيفة رح في الصلح عن الثوب المستهلك
علي اكثر من قيمته فان لم يفد الدليل الذي ذكره المدعى بناء علي كون المدعي
في القيمي وكون الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعمه لا يتم المطلوب فيختل الكلام
لعدم افادته حق المقام ولا يجدي الالتفات الي امر اجنبي عن القصد نفعا كما لا يخفى باب

ومما يفصح عنه جدا ما ذكره الزيلعي في شرح الكنز حيث قال ولابي حنيفة ان القيمة بدل العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت
قائمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها
في الذمة ممكن الا يرى ان الحيوان والثياب وغيرهما من غير المقدرات تجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال
بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في الوجوب الا عند الاخذ يصار الي القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الآخذ والدافع لا
يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا
اخذ عوضه اكثر من قيمته لا يكون ربوا لانه ليس من اموال الربوا كما في حال قيام العين انتهى كلامه

التبرع بالصلح والتوكيل به قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرء لنفسه
اصلا قدمه علي التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما ان الانسان في
العمل لغيره متبرع واقتفى اثره صاحب الغاية وصاحب العناية اقول ان قولهم وهو
المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف
لغيره لكان قول المص والتوكيل به مستدركا لتناول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف
لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح
عن آخر بغير امره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في
هذا الباب فسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقي شيء وهو ان التوكيل
بالصلح فعل الموكل وهو متصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكروه بالنظر الي قول
المص في العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور في العنوان مصدر من
المبني للمفعول فيرجع الي معنى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل
به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الي البيان بانه مصدر من المبني للمفعول قلت
فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايماء الي ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل
وهو التوكل بامر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع
بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف قوله والمال لازم
للموكل قال صاحب النهاية ومعراج الدراية وفي شرح الاقطع والمال لازم علي
الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان واللام في للموكل بمعنى علي كما في قوله تع
وان اسأتم فلها اي فعليها واقتفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم
للموكل اي علي الموكل كما في قوله تع وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه
لحمل اللام في قوله والمال لازم للموكل علي معنى علي لان للموكل متعلق بلازم و
كلمة اللزوم تتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل

اللام ههنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلي ولم نسمع قط فالصحيح ان يبقى اللام
في عبارة الكتاب على حالها ويكون ادخالها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل
وادخال اللام على معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها لتقوية العمل
شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام في فلها
هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز ان يقدر ما يصلح ان تكون كلمة على صلة له فلا
ضير في ان يحمل اللام هناك على معنى على تامل تعقف **قوله** وتاويل هذه
المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح ~~ببعض~~ عن بعض ما يدعيه من الدين الخ
قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا يكفي لتاويل المسئلة فان
فيه قيدا آخر وهو انه اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل
من شيء وان كان الصلح في المعاوضات لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح
في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى
ان قال ولا يجب المال على المصالح الآن بعينه للذي صالحه لان الصلح على الانكار
معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال و
ذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في
ان ما ذكره المصنف لا يكفي لتاويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان
لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغني عنه
بما ذكره المصنف فان قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع
الحقوق الى الوكيل من تتمة تاويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل ما لم
يكن الصلح عن مال بمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا يرجع الحقوق الى
الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على ان ما ذكره
في ابتداء التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين

انما هو

انما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فان تخصيصه بذلك ليس
بصحيح لجريانه قطعا في غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس والصلح عن كل
عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذ قد تقرر هذا فقد فهم
دخول الصلح على الانكار في جواب ما نحن فيه من المسئلة وان كان الصلح في المعاوضات
اذ قد تحقق فيما مر ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين و
قطع الخصومة وانما هو معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما
فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضات صلحا
عن مال بمال وقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة
باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى ان
ما نحن فيه هو الوكالة من قبيل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى
التصريح بقيد آخر تفكر **باب الصلح في الدين قوله** وكل شيء وقع
عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط باقيه اقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر
الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط باقيه ممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا او وصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد
فصالح عن ذلك على الف درهم جياد يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في
كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط و
عن هذا قال في الوقاية وصلح على بعض من جنس ماله عليه اخذ لبعض حقه
وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عما في الكتاب بانه خارج مخرج
العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من المدعى لا على مثله بناء على

عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان يزاد
في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف فهو معاوضة وان كان هو من
جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا يبطل
الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على =
الف درهم بخية الى اجل لا يجوز والبخية اسم لما هو اجود من السود ولكن
كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى
اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه بحث لان قوله في رواية
الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف
فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع مما وقع عليه الصلح ليس
مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن
حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة في المسائل
الآتية في الكتاب وادلتها المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله
الا يرى انه لو كان عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بخية
الى اجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه بمراحل لانه ليس مما هو مستحق بعقد
المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البخية اجود
من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالسود وانما
المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف
كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة
الى اجل والصرف الى اجل باطل قوله وهذا لان تعرف العاقل يتحرى تصحيحه
ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا اقول لقائل ان يقول

انما يفضي

انما يفضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمس مائة عوضا عن مجموع الالف
المدعى واما اذا جعل عوضا عما يقابله من بعض المدعى وهو الخمس مائة بناء على
ان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فما بالهم حملوا الصلح
في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ولم يحملوا على انه
صارف بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا
التاجيل فتامل في الجواب قوله ومن له على آخر الف درهم فقال
اد الي غدا منها خمس مائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء في
قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه
فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان
قوله فان لم يدفع اليه خمس مائة غدا عاد اليه الالف يأبى المعنى الثاني و
يناسب المعنى الاول لان عود الالف عليه يقتضي تحقق البرآءة عنه اولا لكن
يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البرآءة الموقوفة على اداء
الخمس مائة اليه غدا متحققة اولا وان لم يتحقق البرآءة المقطوعة الا باداء
ذلك اليه غدا فيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح ان يقال عاد اليه الالف
نظرا الى تحقق البرآءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد كان خرج من
ملكه خروجا موقوفا على اداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد
اليه الالف كما كان واما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء
فمما لا يقبله الفطرة السليمة قوله الا ترى انه جعل اداء الخمس مائة عوضا
حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة • الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره
بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر اداء الخمس
مائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء

مولانا السعدي مد

المذكور في الذخيرة هو المعنى الثاني فان عبارتها
هكذا قال في الجامع الصغير رجل له على رجل
الف درهم فقال ادفع غدا منها خمس مائة
على انك بريء عن الخمس مائة قال ان دفع
اليه الخمس مائة بريء عن الخمس مائة وان
لم يدفع الخمس مائة اليه غدا عادت الالف
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي
يوسف لا تعود الى ههنا عبارتها منه

في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة علي حيث قال اي في المعنى و الا ففي اللفظ دخل
كلمة علي في الابرآء دون الادآء انتهى فكانه حمل الباء علي الالصاق فاخذ منه الدخول
في الادآء فاحتاج الي التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك قوله والادآء
لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه قال صاحب العناية في شرحه والادآء لا
يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها و الادآء مستحق
عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والادآء مستحق
مولانا السعدي
عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البرآءة اقول
ليس هذا بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالادآء شيء في
جانب الدائن والبرآءة انما تستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة ان
يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم
يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب قوله اولانه متعارف قال صاحب العناية
قوله اولانه متعارف معطوف علي قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة علي
علي الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط في الصلح
متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة علي علي الشرط
لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها علي غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة
المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين
ما وضعت له كلمة علي و بين هذا الشرط حتى يصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى
الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة
للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجوز بعد ان ثبت العلة المصححة له
لكن الكلام في كونه علة مستقلة لحملها علي المجاز و ذلك لا يتصور الا بكونه
علة مصححة للتجوز كالاول وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف

معطوفا

معطوفا علي الاقرب وهو قوله تصحيح التصرف وان كان الظاهر من كلام كثير
من الشراح ان يكون معطوفا علي ما ذكره صاحب العناية بمعنى كلام
المص فتحمل كلمة علي علي الشرط عند تعذر حملها علي المعاوضة لتصحيح تصرف
العاقل اولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى
المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيح التصرف و قوله اولانه
متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل علي المجاز بوجهين فينتظم اللفظ والمعنى
قوله والابرآء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة قال
صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه
لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان برآءة المحيل مقيد بشرط
السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الي ذمة المحيل انتهى اقول
لا يخفى علي ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت
بفواته مع تحقق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند
المجال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابرآء مما يتقيد بالشرط
وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كما
في الحوالة يعني ان البرآءة مما يتقيد كالحوالة لان الحوالة علي نوعين مطلقة
ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابرآء يتقيد بالشرط
وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات
المحتال عليه مفلسا يعود الدين الي ذمة المحيل انتهى وعلي هذا المنوال
شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الي كون
قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوي صاحب العناية والعجب انه ما صدره
من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني

انه لما كان مقيدا بشرط فيفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد
بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان
كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة انما يناسب كون
قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المدعى
لما ذهب اليه ان يقال يعني ان الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة
فانها تفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط
فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس باصل مستقل في الكلام فكيف
يحسن تعلق قوله كما في الحوالة بذلك دون اصله تبصر ترشد قوله
قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه قال صاحب النهاية اي وجوه خمسة
فوجه الحصر فيها هو ان رب الدين في تعليق الابراء باداء بعض الدين لا يخ
اما ان بداء بالاداء ام لا فان بداء به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على
المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط ام لا فان لم يذكره فالوجه الاول
وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبداء بالاداء فلا يخ اما ان بداء بالابراء ام لا
فان بداء فالوجه الثالث وان لم يبداء بالابراء فلا يخلو اما ان بداء بحرف
الشرط ام لا فان لم يبداء فالوجه الرابع وان بداء فالوجه الخامس انتهى
كلامه وهكذا ذكر وجه الحصر في العناية ايضا نقلا عن صاحب النهاية اقول
فيه اشكال اما اولا فلانه جعل الوجه الثاني قسما مما بداء بالاداء مع انه
لم يبداء فيه بالاداء بل بداء بالمصالحة واما ثانيا فلانه جعل الوجه الرابع قسما
مما لم يبداء بالاداء مع انه بداء فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل
واحد منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان البداء في الوجه الثاني و
ان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى لان حاصل معناه اد الي غدا

كان ح

خمس مائة

خمس مائة من الالف وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها الي
غدا فالالف عليك على حاله فالمراد بان بداء بالاداء ان بداء به فيما يتم به وجه
المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها ولا يخفى ان الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل
المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه واما المصالحة فانما ذكرت فيه لمجرد التفصيل
والايضاح واما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبداء بالاداء في وجه
الحصر البداء بالاداء المطلق بل المراد به البداء بالاداء الموقت ولا يخفى
انه لم يبداء في الوجه الرابع بالاداء الموقت بل انما بداء فيه بالاداء المطلق فاستقام
التقسيم واجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه آخر حيث قال
مولانا السعدي
فان قيل لم يبداء في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما
بدئ فيه بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتامل
انتهى اقول ليس هذا الجواب بشيء لان اتحاده مع ما بدئ فيه بالاداء حكما لا
يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالاداء اذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد
في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالاداء
بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعل ما لم يذكر
معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك
بناء على الاتحاد في الحكم ايضا فلم يظهر وجه لجعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين
مستقلين قوله بخلاف ما اذا بداء باداء خمس مائة لان الابراء حصل
مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا
يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا اقول فيه بحث لان هذا وان
افاد الفرق بين الوجهين الا انه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت

الشرط به ايضا فيلزم ان لا يثبت تقييد الابرآء بالشرط في ذلك الوجه اذ
لم يثبت تقييده به اوّلا هناك كما ثبت اطلاقه اوّلا في الوجه الثالث حتى لا
يزول بالشك بل ان اخذ التقييد هناك فانما يؤخذ من مقارنة الابرآء
بالاداء و اما اذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق و ما يقتضي التقييد
كما ذكره ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت و قد جزم في التعليل
المذكور هناك من قبلها بكون الابرآء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه و بين
ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تنافر فليتأمل في التوفيق **فصل**
في الدين المشترك اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب
يتلو المفرد **قوله** واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما
شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض **قال** في النهاية و اما اذا اخذ
بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه ان يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض
على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط واشارة رواية الكتاب انتهى
اقول فلقائل ان يقول اذا كان قبض احد الشريكين في الدين شيئا
من الدين مخالفا لاخذ احدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض
لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسئلة ما اذا قبض احد الشريكين في الدين شيئا
من الدين و بين مسئلة الكتاب فلم يظهر لجعل الاولى اصلا للثانية كما فعله المص
وغيره جهة حسن و انما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح احدهما من نصيبه على
دراهم او دنانير كما ذكرت هذه الصورة ايضا في المبسوط و ما نحن فيه ليس من
ذلك **قوله** وله حق المشاركة **قال** بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق
مولانا السعدي
فان المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى **اقول** بل الحق اتمام لفظ الحق
لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك

لا الى احد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض و
الا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلو
اسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم ان يكون له حقيقة المشاركة كما في الولد
والثمرة فافهم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق
على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه **قال** الشراح قاطبة هذا الاستدراك جواب سؤال مقدر وهو ان
يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف
القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير
اذن الآخر **اقول** نعم كذلك لكن يرد عليه انه وان تم جوابا عن ذلك السؤال
الا انه مناف لما تقرر آنفا من ان لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لانه لما قال
في تعليله لان العين غير الدين علم منه ان ما قبضه احد الشريكين غير ما
اشتركا فيه لا عينه ولما قال قبضه بدلا عن حقه علم منه ان ما قبضه ليس بدلا
عن المشترك بينهما كما انه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض
فقط فكيف يتصور ان يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض
الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم ان هذا يخالف
لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وان شاء اخذ نصف الثوب في جواب
مسئلة الكتاب بان قال لان الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع
لان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح وحق الشركة متعلق بكل جزء من
الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فتوقف على اجازته واخذه النصف
دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم
يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين انتهى فان الظاهر منه ان يكون

قال وقد ح

[illegible]

فيه اشارة الى امكان الجواب عنه بان يقال
ان المقبوض وان لم يكن عين ما اشتركا
فيه حقيقة الا انه عين ذلك حكما فيجوز ان
يثبت له حق المشاركة بناء على ذلك وقد اومي
اليه المص بقوله حقيقة في قوله لان
العين غير الدين حقيقة منه

ما قبضه احد الشريكين في الدين بدلا من حقهما معا لا من حق القابض فقط

قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين • هذا جواب عن سؤال
مقدر وهو ان يقال هب انه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك
وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لا سبيل للشريك
على الثوب في البيع فاجاب بان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه
من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة
الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت او
دينا لا تتعين في العقود كذا في الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك
فان قيل في هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض قلنا
قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز قصدا اما ضمنا فجائز وههنا وقعت قسمة
الدين في ضمن صحة الشرى كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة
انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية بعد
تقرير السؤال المقدر وجواب المص عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم
من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى
اقول في تحرير صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل
القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ
لو لم تتحقق المقاصة للزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع ايضا
بناء على الاشتراك فيما اضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم
القسمة قبل القبض اصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل
القبض على تحقق المقاصة ثم اقول لا احتياج عندي ههنا الى التشبث بجواز
القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور اصلا لانه ان لم يكن للشريك

لا يصح وان القاضى بدينه الا انه يلزم قسمة الدين قبل القبض صح

الشاكت

الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك
القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك
بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة
الدين قبل القبض ضرورة ان لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه
الآخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية
والمتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال قسمة
الدين قبل القبض قصدا غير لازمة واما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لانا نقول
تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت
قصدية او ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف
بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض
من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم ان لا يضمنه ربع الدين وقد
تقرر ان له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين
قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه قوله وللشريك
ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى
نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه اقول فيه كلام وهو
انه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه
القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه
القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان و
غيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بان يقال الاصل
ههنا ان الدين المشترك الذي يثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض
احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما

لكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة
لايجوز والدليل علي ذلك هو ان القسمة تمييز للحقوق وذلك لايتاتي فيما في
الذمة ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ
نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عماله في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في
ذمته لايجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه ان
يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول
المص فله ان لايشاركه لئلا ينقلب ماله ماعليه فانه خلف باطل اقول
فيه نظر لانه يستلزم ان لايثبت له حق المشاركة اصلا بل يتعين له عدم
المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان
عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لامقتض اقول
فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وقالا لايجوز
وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم الا ان
تجعل نفس المقاصة نوع عقد او شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل
القبض في ضمنها ايضا قوله ولا يصح عندهما لانه يؤدي الي قسمة الدين قبل
القبض قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقالا يلزم قسمة الدين
قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر بانصاف احدهما بالحلول والآخر
بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لاتجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة
وذلك لايتميز بعضه عن بعض وللقائل ان يقول بتاخير البعض هل يتميز احد
النصيبين عن الآخر اولا فان تميز بطل قولكم وذلك لايتميز بعضه عن بعض
وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه
ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكر مايوجبه فيما يستحيل ذلك فيه فمعنى

قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا
ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه
لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس
ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة الي هنا كلامه اقول في الجواب الثاني
بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا
يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ماذكر في الجواب الاول بان ذكر مايوجب
التمييز متحقق في صورة الابراء ايضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين
قبل القبض في صورة التاخير لاستلزمها في صورة الابراء ايضا واما عدم
تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فامر مشترك بين الصورتين لان
القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين
قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين
لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما
بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم يتصور حقيقة القسمة في الدين لا
في صورة الابراء ولا في صورة التاخير بقي اصل النقض على حاله فتدبر قوله
وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية ومعراج الدراية قيل انما قيد
بجناية العمد لان في جناية الخطاء يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو نجع
الطالب المطلوب موضحة فصالحه علي حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح
عن الموضحة بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر مافيهما واري انه
قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء انتهى
ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لايعقل صلحا علي مايجيء
انتهى اقول هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لاتعقل الارش الذي يجب

بالصلح وهو الذي يجيء في كتاب الدعوات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جناية العمد واما مراد صاحب العناية ههنا ان الارش قد يلزم العاقلة بجناية الخطاء ثم يصالح عنه علي مال اعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح علي نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا لشيء اذ الارش لم يلزمه حتي يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فاين ما اراده مما اورده ذلك الراد ثم اقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية اما اولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كاحدهم علي ما يجيء في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشيء اذ قد كان مقتضيا لقدر ما لزمه ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا لشيء لزم ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل قوله ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر يعني انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتمييز ولا تمييز الا بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه اقول فيه نظر اما اولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لانه جار فيها بعينه كما لا يخفي مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل ابي يوسف واما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا تجوز اذا كانت قصدا واما اذا كانت ضمنا فيجوز كما مر جوابه وقد مر من قبل وفي الشق الاول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم قوله ولانه لو جاز لشاركه

في المقبوض

في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح علي من عليه بذلك فيؤدي الي عود السلم بعد سقوطه قال صاحب العناية اخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بان هذا المعني موجود في الدين المشترك اذا استوفي احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك علي الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضي بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهي كلامه اقول للمعترض ان يعود ويقول هذا المعني موجود ايضا فيما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه والفرق المذكور في الجواب المزبور لا يتمشي فيه لان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب ان المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين بناء علي جواز تفرد احدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المص بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه فلم يوجد المعني المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة علي اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضي احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه او لوقوعه بعد الحيوة قوله وفيه اثر عثمان فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضه عن ربع ثمنها علي ثمانين الف دينار قال في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روي محمد بن الحسن في الاصل في اول كتاب

الصلح عن ابي يوسف عمن حدثه عن عمر بن دينار ان احدي نساء عبد الرحمن
بن عوف صالحوها علي ثلثة وثمانين الفا علي ان اخرجوها من الميراث وقال
محمد ايضا حدثنا ابو يوسف عمن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس
انه قال تخارج اهل الميراث وكذلك روي الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار ان
احدي نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها علي ثلثة وثمانين الفا علي ان اخرجوها
من الميراث وقد اثبت شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
لفظ الكافي كما هو من غير تغيير الا ان شمس الائمة السرخسي قال وهي تماضر كان
طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها علي الشطر وكانت
له اربع نسوة واولاد فخطها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا من التركة
فصالحوها علي نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب
ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر محمد الالف مطلقا ولم يفسر انها دراهم او دنانير وذكر
ثلثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ان عبد الرحمن عن كم نسوة
مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار
الي هنا لفظ غاية البيان وهذا ابسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غير انه ذكر
في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار [redacted] قوله واذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه علي ذهب
او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه من ذلك الجنس حتي يكون نصيبه بمثله و
الزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا • اما اذا كان ما
اعطوه اقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانها تبقي الزيادة علي المأخوذ

اكثر من نصيبه صح

من جنس ذلك وغير جنسه خالية عن العوض وكذلك اذا كان ما اعطوه
مثل نصيبه لانه تبقي الزيادة علي ذلك من غير جنسه خالية عن العوض
فتعذر تجويزه بطريق المعاوضة في ما بين المتوارثين للزوم الربوا ولا
يصح تجويزه بطريق الابراء عن الباقي ايضا لان التركة عين والابراء عن الاعيان
باطل كذا في الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب اقول عدم صحة
تجويز ذلك بطريق الابراء عن الباقي منظور فيه عندي لان الابراء عن نفس
الاعيان وان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوي الاعيان صحيحة كما صرح به
وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح علي الاقل او المثل فيما نحن فيه بطريق
البراءة عن دعوي الباقي وحمل كلام العاقل علي الصحة واجب مهما امكن فان
قلت قد مر في الكتاب انه لو ادعي دارا فصالح علي قطعة منها لم يصح
الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو علي دعواه في الباقي وما نحن فيه
نظير تلك المسئلة فاذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قد مر
ايضا في الشروح هناك ان ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر
الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي فتاوي قاضي خان ايضا اختلاف
جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتي قال
في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقي عينا ودعوي والابراء عن
الدعوي صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فالجواب
عدم صحة الصلح رواية واحدة لا غير علي ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما اوردناه
من النظر كما لا يخفي وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح علي مثل نصيبه من
الدراهم وعلي اقل من نصيبه من الدراهم حالة التصادق واما حالة المناكرة
فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطي يعطي المال لقطع المنازعة ويفدي به يمينه

فلا يمكن الربوا كذا في الذخيرة والتتمة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبها من العين في حالة التصادق اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الاسبيجابي والصحيح انه يبطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربوا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا انقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر الدين قاضي خان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من حقها من مال الربوا في حالة التصادق اما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الوجه الذي ذكره قاضي خان اشكال لان عدم كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم واما عدم كون ذلك بدلا في حق الآخذ فممنوع فان قلت انما لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لامكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بحمله على اخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو امكن تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لامكن تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه اصلا في حالة التصادق ثم بقي

لنا الكلام في هذا المقام بانه لم لا يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية مولانا السعدي هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى اقول قد يكون التبرع في نفس المال بان يعطيه على ان لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده وتعجيله بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي ان يأخذ عينه او بدله في الآجل فلما كان قول المص في الوجه الثاني متبرعا بين محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادر لافتقار ضرر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر حينئذ وتفاحش الضرر في الصورة الاولى فتقرر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة عند التبرع ناش من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمله عليه اكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية

الورثة يؤدون الي المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم حصته من الدين علي
الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهي
ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه قاطبة
وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولي ان يشترطوا
ان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال
وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقي له علي الغرماء حق
لان حصته تصير لهم انتهي كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد
ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة فان قيل اذا لم يبق للمصالح علي
الغرماء حق يسهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة
فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم
الضرر من جهة ان حصة المصالح لا تصير لهم فقوله لان حصته تصير لهم حجة
عليه لا له فلا وجه لذكره اصلا في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب
الاصلاح والايضاح زاد في الطنبور نغمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا
الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع علي الغرماء بقدر نصيب
المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقي للمصالح حق علي الغرماء فنقصان ذلك
الضرر يجبر بهذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر
الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهي اقول فيه
ايضا بحث اذ لا يخفي علي الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع
علي الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية
ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد ان لا يبقي للمصالح حق علي الغرماء فان النفع
فيه لسائر الورثة امر وهمي من جهة تأديه الي سهولة اداء الغرماء حصص

باقي

باقي الورثة فاين هذا من ذاك فالحق ما ذكره صاحب الهداية **قوله**
ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح علي المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربوا **اقول** بين هذا في كثير من الشروح بان كان في
التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا
ذكر في الذخيرة ايضا **اقول** فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان اقل
من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثله من بدل
الصلح ويكون زيادة البدل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب فيما
اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه علي ذهب او فضة
من انه لا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
حتي يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن
الربوا **فالحق** في البيان ههنا ان يقال بان كان في التركة مكيل او موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر **ولقد** اصاب صاحب غاية
البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون
في التركة كيلي او وزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك
او اقل لان ما زاد علي بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهي
فانه اعتبر القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من
ذلك علي عكس ما اعتبره الآخرون **وكان** صاحب الكافي ايضا تنبه
لما ذكرناه من الخلل فاكتفي بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال
ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون
ربوا انتهي واقتفي اثره صاحب معراج الدراية **ولكن** الاوجه ان يزاد
عليه قيد او اكثر كما بيناه عليه آنفا لان فيه توسيع دائرة احتمال الربوا

كالعناية والنهاية والكفاية

كما لا يخفى قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة . لاحتمال ان لايكون
في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك
اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية
وعلي هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء
علي قول صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل
فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه علي تقدير ان يكون نصيبه
اقل مما اخذه لايلزم الربوا لما بيناه فيما مر فلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال
الربوا لكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون
نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم الربوا الا انه علي كل تقدير
يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد
لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد الا يري الي قولهم
لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال
جانب الصحة قطعا كيف ولو كان الاحتمال مقصورا علي جانب الفساد
لكان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة شبهة تامل
تقف ثم اعلم ان صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف
في هذه المسئلة علي ما ذكر في الكتاب قال ولقائل ان يقول حق الجواب
التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لايجوز وان لم يكن
يجوز وان لم يدر حال التركة فعلي الاختلاف انتهي كلامه اقول وفيه نظر
اما اولا فلانه لا احتياج ههنا الي ما ذكره من التفصيل اصلا اذ الشقان
الاولان من تفصيله قد استغني عنهما بالمسئلتين المذكورتين
سابقا علي الاستقلال احديهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا

وغير

وغير ذلك فصالحوه علي ذهب او فضة الخ واخريهما قوله في اول الفصل
واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة
عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل
الذي ذكره لايخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل
الصلح لايجوز لايصح علي الاطلاق فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح
ولكن كان ما اعطوه اكثر قدرا من نصيب المصالح من ذلك الجنس
يجوز الصلح قطعا كما مر مفصلا ومدللا وكذا اذا كان في التركة جنس
بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم و
دنانير ايضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفا واما ثالثا فلان مسئلتنا
هذه لاتقبل التفصيل المذكور جدا اذ قد اعتبر فيها كون اعيان التركة
غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا او
لو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح علي المكيل و
الموزون قيل لايجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن
ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت
علي مكيل او موزون اختلاف انتهي فكيف يتصور في هذه الصورة
التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر
حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير علي ما ذكر في الكتب المعتبرة
عامة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب
الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار
فيها قال الله تعالي وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل
الله يعني الذين يسافرون في الارض للتجارة ويسمى هذا العقد بها
لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن

لايجوز لايصح علي الاطلاق فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ح

عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الآخر كما سياتي في الكتاب
وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه هي في الشريعة عبارة عن دفع
المال الي غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول فيه
فتور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل
هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها الايجاب والقبول بالفاظ تدل
عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة
او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا
ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر
في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل
العقد بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سياتي ذكر ذلك
انتهى اقول فيه قصور لان الشروط الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد
العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية
وسياتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار
الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع
والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة
والتحفة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند
الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا فلان حكمها عند الدفع هو
الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات
حتى المتون الا يرى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله
وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو
حكم لها ايضا يثبت بها اولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي

والكفاية

والكفاية وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول
فيه ايضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة و
معنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سياتي
وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة مناف لصحتها فكيف يصح ان يجعل الاجارة
والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بما ينافيه
لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم تصلح ان يجعلا
حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما تصلحان ان يجعلا حكما للمضاربة الفاسدة
فمن ادرجهما في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة صحيحة
كانت او فاسدة لانا نقول لا نشك ان ما ذكر في قرانتهما من ركنها و
شرطها وغيرهما انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي احكامها
ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة
ايضا في الاحكام فالغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان
حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما
سيجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا نشك ان ليس للغاصب
اجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء قوله
لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال الشارح العيني فيه مناقشة
لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا
يستحق شيئا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه
وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه وعمله و
وظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التاثير فيه
وانما التاثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول فتخلف الاستحقاق

الربح عن سعي المضارب وعله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور
اصلا قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل
الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية
في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة مشتمل علي الوكالة والاجارة كما
عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الي زمان في المستقبل فيجب ان
يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الي زمان في المستقبل
ايضا لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في هذا البيان
غير انه قال والاجارة بالراء او الاجازة بالزاي اقول فيه بحث اما اولا فلان
المضاربة ما لم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا به ومر في الكتاب آنفا و
المدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة
لا تشتمل علي الاجارة بالراء اصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها في
تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة واما ثانيا فلان لزوم عدم
مخالفة الكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل لاجزائه الخارجية و
العقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول
فرد لا زوج والثاني زوج لا فرد الي غير ذلك من المخالفات البينة علي
ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة ايضا متحققة قطعا في
كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع الموكل
والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق
الاجر ولا يستحق الربح والمضارب علي العكس الي غير ذلك واما ثالثا
فلان الوكالة والاجارة لا تحتملان الجزئية من المضاربة اما الوكالة فلانهم
اتفقوا علي انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب

عليه

عليه لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها علي ما ذكر
البعض وشيء مناف لصحتها مضاد لها علي مقتضى التحقيق كما مر وعلي كلا
التقديرين لا تصلح للجزئية منها فحديث الجزئية في تمشية التعليل المزبور
مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية
ذلك تقرير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يضف المضاربة الي العرض و
انما اضاف الي ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الي زمان في المستقبل
يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع
صحة الاضافة الي زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء مما مر وهو
ان المضاربة انما تصير اجارة بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج
الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة اللهم الا ان يكون درجها
فيه علي سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة
الي زمان في المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتأمل ثم اقول بقي
لي بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا علي ان المضاربة ايداع
ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان ما لا يصح
اضافته الي زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح
اضافة الشركة الي زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة
الاضافة الي ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة
المزبورة بناء علي ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع امور لا يجدي
عند تحقق مانع آخر قوله لان عند ابي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل علي
ما مر في البيوع • واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري و
الدين بحاله فكان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في



العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح
المضاربة لان عدم صحة الجزء يستلزم لعدم صحة الكل انتهى اقول قد مر
منا ان حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا
بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت
عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزءا منها
فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك
التوكيل عند ابي حنيفة رح من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم انهما
قالا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا في ترك ذلك
ههنا قوله فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله ذهب عامة الشراح
الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان شرط للتفسير
وزيادة عشرة اي على ما شرطا كالنصف والثلث فله اي فللعامل
اقول فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح
ان تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين
احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم
مسماة لاحدهما يتمشى في صورة متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى
كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا ان يكون لاحدهما مائة درهم
من الربح او اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف
الربح او ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه
ويزاد عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على ان كل واحد
من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر
المسمى او اقل كما صرحوا به واما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى

في صورة

في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للاعم
وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم
مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف
يتصور ان يكون احد المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي ان
الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة الاولى
بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين
وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل فكانه
قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر
المثل للعامل الا انه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي
المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر
فيها ومن عادة المصنف ان لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير
او من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصور
المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة
قوله وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع
انها فوقها فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي
لابي يوسف رح فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه
كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان
انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة
لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق
الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل كذا في النهاية
والعناية وعزاه صاحب النهاية الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب

دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط صح

ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من
الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون
بالهلاك كما ذكره المصنف متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة
الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة نعم يمكن اثبات ذلك
الحكم بدليل اخر مآله الي اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المص ايضا بقوله
ولانه عين مستاجرة في يده لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة
دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتامل
ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة
الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما اسلفه من ان عقد المضاربة
مشتمل على التوكيل والاجارة اقول انما يخالف ذلك ان لو كان مراده
بما اسلفه ان عقد المضاربة مشتمل حال صحته على التوكيل والاجارة
معا واما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل
حال صحته وعلى الاجارة بعد فساده فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر
هو الثاني لكونه موافقا لما مر جوابه قوله ولانه عين مستاجرة في يده
وفي بعض النسخ عين مستاجر يعني ان رأس المال عين استوجر المضارب
كذا في معراج الدراية وشرح العيني
ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء
مولانا السعدي
فيكون مستاجرة في قول المص عين مستاجرة صفة جرت على غير من هي
له او هو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا اولي انتهى اقول فيه ان قولهم
سيل مفعم مما بني للمفعول واسند الي الفاعل اذ المفعم اسم مفعول من افعم
الاناء ملأه وقد اسند الي الفاعل لان السيل هو المالئ لا المملوء بخلاف
ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما انه ليس بمفعول

فكيف

فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا ان يكون مراده بقوله او هو
من قبيل سيل مفعم او هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لا انه من قبيل
خصوص الاسناد الواقع فيه فح يجوز كما اشار اليه تاج الشريعة في شرح
هذا المقام حيث قال المستاجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي
العين مستاجرا لعمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا
وهذا التعليل يشير الي ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير
لا يمكن له ان يواجر نفسه في ذلك الوقت لاخر وقال صاحبا العناية والنهاية
منهم في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين
في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير الوحد ان يوجر نفسه لمستاجرين في الوقت
الواحد انتهى اقول فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد في قولهما لان العين
الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين في الوقت الواحد لان
الاجارة اذا كانت عقدا على العمل لا على المنفعة يجوز ان يكون شخص
واحد مستاجرا لكثير من المستاجرين في وقت واحد كالقصار وراعي الغنم
ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت
وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز ان يكون مستاجرا
لاكثر من واحد بخلاف اجير الوحد فان الاجارة فيه كانت على المنفعة دون
العمل فلا يقدر على ان يوجر نفسه لاخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله
وان اريد بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فنسلم ان ذلك لا يتصور
ان يكون مستاجرا لمستاجرين في وقت واحد اي ان يكون في يد كل واحد
منهما يعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي ان يكون المضارب بمنزلة
اجير الوحد لجريان هذا المعنى في كل اجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان

نفس المضارب فلا نسلم ان نفسه لا يتصور
ان يكون مستاجر المستاجرين في
الوقت الواحد ح

لا يتصور ان يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد
لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب
قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلاف مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض بما ذكر
بعد هذا الخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا
الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع
ذلك افسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي ان لا يفسد المضاربة
لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد
واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات
موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي طائلا لان كون المراد
بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال محض لا
يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا
بيان اصل ينضبط به احوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان
يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط
الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاصل
فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود واجاب صاحب العناية عن السؤال
المذكور بوجه آخر حيث قال شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح و
لا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب
انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط

العمل

العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح
يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا الخطوط وشرط العمل
على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى اقول مضمون هذا الجواب
وان لم يكن فاسدا في نفسه صح الا انه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل
المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل
يبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف بقوله كاشتراط
الوضيعة على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان
اعترف به صاحب العناية ايضا حيث قال اولا ولما كان من الشروط
ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير
الى ذلك بامر جملي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح الخ ولا شك
ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى قوله واذا صحت المضاربة
مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر
اكثر الشراح المضاربة المطلقة ههنا بان لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان
اقول هذا التفسير منهم جيد الا انها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت
مقيدة بسلعة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة
بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب ان يتجاوزها كما سياتي وقال بعض من
الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا اي غير مقيدة بالمكان والزمان و
السلعة اقول فيه ايضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان
بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد
كما سياتي في الكتاب فالاولى في تفسيرها ان يقال هي ما لم يقيد بزمان
ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة

كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني منه

كصاحب الكفاية و تاج الشريعة منه

والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله
ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله ان يعمل بها ما هو من عادات
التجار انتهى قوله ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل
برايك لان الشيء لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد جواز اذن
المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر والاعارة للمستعير
فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها
لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل
الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه اقول الظاهر
ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن
المأذون الخ لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان
يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما
للايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على
الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم
التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح
من ان الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء يتصرفون بحكم المالكية اما المأذون
فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية و
اما المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستاجر والمستعير فلانهما ملكا المنفعة قوله
ورجع المال مضاربة على حاله قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال
مضاربة يدل على انها زالت ثم واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه
على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء
والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على

رواية

رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس الاخراج انتهى
اقول قوله انه على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء
مخالف لما حققه المصنف وغيره فيما سياتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع
الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ حينئذ
يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب
ان يكتفي بان يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر و
رد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى
اصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير موقوف على
شيء قوله الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه قال في معراج الدراية فان قيل
يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد
او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح
النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير
فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه
بالفين يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من
السؤال والجواب خبط اما في الاول فلان قوله او على العكس
غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بع بالنسيئة ولا تبع بالنقد
كالجواب فيه لا في الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية واما في
الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخير تماما لا يكاد يصح بعد درج العكس
المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر
بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس

مخالف بالخبر ايضا وهذا ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس
في السؤال كما فعله غيره **قوله** ومعنى التخصيص ان يقول على ان نعمل
كذا او في مكان كذا الخ • يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا او كذا
اي بهذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد
ذلك منها وجملة ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص فتعتبر شرطا
واثنان منها لا يفيده فيعتبر مشورة والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا
يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء و
يصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء
به لا يجعل متعلقا بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر ههنا في جملة
الشروح والكافي اقول فيه شيء وهو انهم اتفقوا على ان قول رب
المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة برفع تعمل وبجزمه تلك الالفاظ
الستة التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعمل مرفوعا على ان يجعل
كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء باللفظين اللذين حصروا فيهما ما يصح الابتداء
به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير
الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعمل به في الكوفة
بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا فتأمل **قوله** اما اذا قال خذ هذا المال
واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة
المشورة • فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت
حر قلنا لانه غير صالح للحال ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما
يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح اقول ينتقض هذا
الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله

نعمل

نعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد صرح في النهاية ومعراج الدراية بان
قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع
ان العلة التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل
به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية
بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصلح للحال ايضا وان
قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين يرد ان
يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا ينحسم مادة
الاشكال بذلك الجواب ثم اقول الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم مادة
الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقرر
في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا تصلح ان تقع حالا سواء
كانت مع الواو او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح
حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض
على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز
ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين
رؤسكم ولم يزد على هذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية
لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد
توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر
فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا **قوله** والمدعي
موسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي
ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق
الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الجواب ان

يضمن المضارب اذا كان موسرًا و مع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول
لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي الشبهة على
التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم و مع ذلك لا يضمن من
تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم و انما الذي ينفي الشبهة على التقرير
المزبور ما ذكره المص فيما سيأتي بقوله ولا يضمن لرب المال شيئًا من
قيمة الولد لان عتقه يثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى فالنظ
في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال انما قيد به تنبيهًا على عدم اختصاص
عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره فانه اذا لم يجب الضمان
عليه في حالة يساره فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى
بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على
حالة اعساره فقط **قوله** ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان
الالف مستحق برأس المال والخمس مائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في
هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع
الولد ربحًا قلنا لان ما يجب على الولد من السعاية من جنس رأس المال
والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس
المال اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح
هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين
وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت
قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال انتهى اقول نظره ساقط
جدًا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاد لان من شرط كونها

ام ولد

اتم ولد للمضارب ان يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل هي
رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير ام ولد للمضارب
ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع
ظهوره جدًا كيف خفي على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على الجواب
الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم
ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم
لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تتبعه وينبغي ان يكون مراد المجيب
هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح ان
يكون جوابا عن اصل السؤال كما اشار اليه المص بقوله لان الالف المأخوذ
مما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها
ربح فتكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي
هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة
المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسعاء
والاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس
المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على
المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل
ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا
عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه
قال قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته انتهى اقول
لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس
المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل المناسب لظهور الربح



من جهة ان يكون الالف المأخوذ منه ايضا من الربح تأمل **باب**
المضارب يضارب لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب
حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا كذا بيان حكمها كذا في النهاية
ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر ايضا هو ان المضاربة
مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحبا
الغاية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت
بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا
الا يرى ان الثاني ابدا يتلو الاول لكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه
قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت
المضاربة الاولى جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في العقل لكنه ليس
بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله**
وبعده ابضاع قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر ان يقول توكيل كما
في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان
المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي ينافي
الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما يلائم
الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف
لاجل الموكل الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد
المضاربة كما لا يخفى واما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع
نفسه بانه توكيل فانه قال فيه ووجه المروي عن ابي حنيفة ان العقد المجرد
لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم
لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على

ما بيننا من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منها ان المضارب وكيل لا ان الدفع
نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة وانما انه
وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به احد **قوله** وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة
قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما عند الربح او العمل على الاختلاف
الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني
اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا
كانت المضاربة صحيحة اقول لا يحتمل ان يكون المشار اليه بهذا ههنا وجوب
الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به
ههنا هو الضمان على الاول متعين لان المذكور في الكتاب هو ضمان الاول
لا غير ولم يجر من المصنف الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني ايضا فكيف
يصح ان تجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهما وشان اسم الاشارة
ان يشار به الى المحسوس المشاهد او ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد
على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يشم رائحة قط
الى الآن فضلا عن ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان المقصود ههنا
بصدد بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لرب المال واما الثاني
هل يضمن ايضا ام لا فيتبين بعد مفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن
الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمعزل عنه **قوله** لانه ملكه بالضمان
من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا
دفع مال نفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يمشي على قول
زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند ابي حنيفة رح لا يتحقق

بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاهم بالبيان والتعليل
ههنا قول ابي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية
فلا ينبغي ان يترك التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتامل في التوجيه

فصل قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح
ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز
هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في امر التقييد بعبد رب
المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان
الحكم في عبد المضارب كذلك ايضا ونقل عن الذخيرة والمغني تفصيلا يدل
على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد بعبد رب المال لا للشرط
فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل
شهادة المضارب او شهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب
المال لان فيه خلافا لبعض اصحاب الشافعي وبعض اصحاب احمد وفي
غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط
عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره
بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط
على عبد المضارب او الاجنبي على ان يكون له الثلث انتهى اقول لا يفهم لهذا
البحث وجه ورود على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله
لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ بعينه بيانا لما قيل
وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم
ان محصول ذلك المنقول انه اذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره
كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به

وهذا احتمالا

وهذا احتمالا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب
العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئين عبد المضارب و
الاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن
فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط
ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا و
صارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت
المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي
كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال
او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه لا
يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي
سواء اشترط ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا اشترط ذلك
فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة
جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط ذلك
فلانه وان تغير الحكم ثمة حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط
العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله
ولعبد رب المال الا يرى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثلث
الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لخرج الاجنبي
الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة ايضا فلم يكن لقوله
ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا وقال صاحب الكفاية التقييد
بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع
ما يتوهم ان يد العبد يد للمولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول هذا

هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة

اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه يريد بالجواب الآتي عن الرد الاول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الآتي عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب ايضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الآتي عن الرد الثالث ما يأتي في الشروع في المسئلة الآتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الآتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث

وبذلك

وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصله القدح في الدليل الذي ذكره المص بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتأكد الرد والاشكال فان قلت المراد بما في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت فح لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام التي من جملته ما نحن فيه قلنا فح لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرورته اخفى من المدعى ولا اقل من ان يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده فكان عقد المضاربة على ما كان اما قبل القضاء بلحاقه فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء به فلمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل ح كما سيأتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما

بعد القضاء بلحاقه هي مكان حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما
اذا لم بعد ايضا بهذه العلة فليتأمل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المص هذه
المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات ان لا يكون فرق في بطلان المضاربة
بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا
سيما بعد القضاء بلحاقه اما ظهور ذلك من تعليل المصنف هذه
المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى
انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ملكه
بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت واما ظهوره مما ذكر
في بعض المعتبرات فلانه قال في البدائع ولو ارتد رب المال فباع المضارب
واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة
ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحق ردته بالعدم في جميع
احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد
مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط حكم
الحاكم بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او
قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة
انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار
الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن
قوله على الرواية التي يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل
ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط حكم الحاكم بلحاقه للحكم بموته وان الظا
من اطلاق قوله فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى
القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها

بعد القضاء بلحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي
للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان
القاضي يجيز البيع والشرى على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في
قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية
فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي
حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته
قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد
مسلما بعد القضاء بلحوقه بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المص هذا احتمالان
عقليان احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب
المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب
هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما
ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه
عند ابي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضارب
على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم
جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال
في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا
بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لان له
عبارة صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب
الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف
فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا واللحاق المبطل الى المالك فقط فقد

انما قلت عقليان لان الاحتمال
الاول غير صحيح عندي على
ما سنبينه

على ان لحاق المضارب لا يبطل بنآء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات
يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصّوا عليه اقول ذلك المعنى ليس
بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار
الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام
ولقد افصح عنه المص في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة
اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى
انه يقسم ماله بين ورثته انتهى فاذا كان كذلك فانى يمكن تصرف الميت
حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد ان لحق بدار الحرب مرتدا على ان
بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضي بلحاقه مصرح به في
المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب او قتل على الردة بطلت
المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب
وقضي بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه انتهى
فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المص كما يرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف
في ملك رب المال اذ لا ريب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك
رب المال عند ابي حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون
قبل اللحاق لا بعده فلا بد ان يكون المراد ههنا ايضا ما يكون قبل اللحاق لئلا
يلغو هذا القول في التعليل ويشير اليه زيادة الشراح قيد في قولهم جميعا
بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم
جميعا اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للاحتياج الى تحقق الخلاف بين ائمتنا
فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف
فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة ولا يتوقف

عندها

عندهما بل ينفذ فلا بد ان يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها
فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة
ذلك القيد تدبر قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض
ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع
العروض ونحوها فكلمة هذا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنعه العزل من ذلك
يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال عروضا بل يبيعها بعد العزل كما
لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم
ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير
المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض اي ونحو العروض في حق البيع بان
كان راس المال دراهم والنقد دنانير او على العكس هذا ما ذهب اليه اكثر
الشراح وهو المختار عندي واما صاحب غاية البيان فقال واراد
بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل او مات مرتدا
ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا
يرجع الى موت رب المال على تاويل المنية فينبغي ان يقال برفع الواو اقول فيه
نظر لانه مع ابتنائه على تاويل بعيد من حيث اللفظ مختل من حيث
المعنى اما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق
بدار الحرب مرتدا وقد ذكر هذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة
فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت واما على النسخة الاولى
فلانه قد ادرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال واراد
بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل او مات
فيلزم ان يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز

لا يقال ما هو نحو الموت غير منحصر في الموت بل منه
ايضا يقتل ولهذا تراهم يقولون او مات او قتل
لانا نقول لا ريب انه من انواع الموت ان يقتل
وحيث يعطف احدهما على الآخر يراد بالموت
الموت حتف انفه بقرينة العطف ولا ضرورة و
لا قرينة في كلام المص فالموت فيه على عمومه قطعا
منه

ان يرجع الي بيع العوض بان يعطي للمضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الي
المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر القناة من الدم فعلي هذا ايقال يجز الواو
اقول هذا ايضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعني لانه يوهم
ان يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف
بيع العوض وليس كذلك ثم قال ويجوز ان يرجع الي العوض علي معني في
بيع العوض وفي بيع نحو العوض كما اذا كان راس المال دراهم والمال دنانير او
علي العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال
انتهي كلامه اقول الآن حصحص الحق والعجب انه جعل هذا ابعد الاحتمالات
مع كونه اقربها لفظا ومعني قوله وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه
وكيل محض والمتبرع لا يجبر علي ايفاء ما تبرع به قال بعض الفضلاء هذا منقوض
بالكفيل فانه متبرع ويجبر علي ايفاء ما تبرع به فتامل انتهي اقول هذا النقض
مدفوع بان المراد ان المتبرع الغير الملتزم لا يجبر علي ايفاء ما تبرع به والكفيل
ملتزم لان يطالب بما علي الغير علي ما عرف في محله فلا يرد النقض به وبعبارة
اخري ان المراد ان المتبرع لا يجبر علي ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة
والكفالة عقد لازم علي ما عرف ايضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم
اطلاق الكلام ههنا فهو جري علي موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو
قول النبي صلي الله عليه وسلم الزعيم غارم علي ما مر في كتاب الكفالة
فلا ضير في خروجه اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي علي حاله فيما عداه
فتامل فصل فيما يفعله المضارب قال في غاية البيان وكان
القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه
في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان

ببيع

ببيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا
لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهي اقول لا يذهب علي
ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة
الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي شيئا في دفع ما ذكره اولا
لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا يقتصر علي ذكر ما في اول الكتاب
بل يذكر مجموع ما ذكر هنا وما ذكر ثمة ولا تقتضي ان يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في
فصل علي حدة فيبقي مقتضي القياس الذي ذكره في اول كلامه علي حاله بتقرر
وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من
افعال المضارب زيادة للافادة وتنبيها علي مقصودية افعال المضارب
بالاعادة انتهي اقول لا يرد عليه هذا التقرير ما يرد علي ذلك ولكن
فيه شيء آخر يجب حله وهو ان قوله وتنبيها علي مقصودية افعال
المضارب بالاعادة ينافي الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر
في اول المضاربة من افعال المضارب وحل ذلك ان المراد بالاعادة
اعادة جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر منها واعادة
جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة اولي لا ذكر خصوص ما يعاد من
جنسها فلا منافاة تامل قوله لان رب المال رضي بشركته لا
بشركة غيره الخ اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل قاصر عن افادة
تمام المدعي اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهي داخلة ايضا
في المدعي كما تري قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الي رب
المال بضاعة فاشتري رب المال وباع فهو علي المضاربة قال صاحب
العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث

ية افعال المضارب وعبارة العناية افعال المضاربة
والحال واحد وانما الاختلاف في الاضافة
كان النهاية اصلا وكان اضافة الافعال
الي المضارب الذي هو الفاعل اصلا
احسن عبارة النهاية

لان الاعادة تقتضي الذكر مرة اولي
وقد قال اولا ما لم يذكره في اول
المضاربة من افعال المضارب صح

قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا
او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهي اقول الظاهر في بيان
ايهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال ان يقال حيث قال
شيئا من مال المضاربة فان منشاء الايهام انما هو مجموع قوله شيئا
من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان
لا التبعيض الا يري انه لو قال فان دفع ما اخذه من مال المضاربة الي رب
المال بضاعة تعين البيان وارتفع الايهام كما لا يخفي علي الفطن بخلاف
ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الي رب المال بضاعة فانه
قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه علي ذي فطرة سليمة وعن هذا
قال صاحب النهاية وبهذا اللفظ كما تري يقتضي ان يكون المدفوع الي
رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما
صاحب الكافي فلما راي لفظ المصنف موهما للاختصاص بابضاع بعض
المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا منه الي رب
المال بضاعة واشتري رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهي قوله
وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح
وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء قال
صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في
مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصلح
اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح
فان الظاهر منه ان علة فساد المضاربة عند زفر في مسئلتنا هذه كون
تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء علي عدم تصريح المضارب

بالتوكيل

بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل لصحت المضاربة عنده ايضا
في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح ان علة ذلك عنده
كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا لغيره فيه بناء
علي ان المرء لا يصلح وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب
الكافي حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في
مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار
مستردا انتهي قوله فان كان معه فاشتري بها ثيابا فقصرها او حملها
بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع قال صاحب العناية
وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ
اقول هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان اراد ان هذه المسئلة مرت بعينها
وخصوصها فليس كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور
فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن
المسئلة الثانية ايضا مرت بهذا المعني حيث اندرجت تحت النوع الثاني من
ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولي تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور
بالمعني المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من
احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منها علي ما زعمه فالحق
ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتها
كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجها تحت اصل كلي مار كيف وتفريع الفروع
علي الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله
واذا صار شريكا بالصبغ انتظم قوله اعمل برايك الخلطة فلا يضمنه
قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا

غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام
في مضارب قيل له اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بمال
المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب
اما ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة
وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم
يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى
كلامه اقول في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله
لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير ماذون لان كونه غاصبا
انما جعل فيما قيل فرعا لكونه غير ماذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج
عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير ماذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله
لكنه لم يقع على المضاربة الخ لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قيل فرعا
لكونه ماذونا فاذا اختار كونه غير ماذون كان استدراك عدم وقوعه
على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو
صبغها احمر جهتين مختلفتين اوليهما خلط مال المضاربة بمال نفسه وثانيتهما
الاستدانة على المالك وان المضارب ماذون بهذا الفعل وغير ماذون
باعتبار تينك الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد
عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا اوله الذي اشار
اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله
ليس ذلك بتام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضي ان يكون لفعل المضارب
هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان
لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما ماذونا في فعله

هذا و

هذا وغير ماذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما
ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون الخ ان يختار كونه ماذونا به بقوله
اعمل برايك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذ الاذن المذكور ليس بمقصور
على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة
منفردا او منضما الى غيره مما له جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره
على ما تقرر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد اشار اليه المص
ههنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظم قوله اعمل برايك انتظامه
الخلطة فلا يضمنه فتدبر **فصل آخر** لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة
ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من انفس مسائل المضاربة التي لا بد منها
للمضاربة اخر ذكرها **قوله** بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء
وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان
الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعني ان الغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرا عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو
هلك المغصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر امينا قال صاحب العناية بعد
هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم
على قبض الامانة فيجوز ان يعتبر جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض
بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان
يجاب عنه بان مقصود المص دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا
فثابت بدفع الضرر فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه
بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس
المال ويستوفيه من الربح وحمله على الاستيفاء يغرم المضارب فافترقا

الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فقدره بهلاك الثمن لا يوجب
الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قوله
المقس لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب
اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجامعة
الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال
مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به
النظر المذكور لان حاصله ان السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب
متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما
ههنا واما ثانيا فلان قوله مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس
بتام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالف اخرى
انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا
هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في
مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه
الضمان مع كون يده يد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع
من غير تعد منه يلزم للمودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان
لدفع ذلك عن المودع بلا ريب واما ثالثا فلان قوله واما ههنا
فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترناه اهون الامرين غير متمشي
فيما اذا هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس
المال حتى يلحق الهالك به فيستوفيه رب المال من الربح والظاهر ان
جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب
عليه مرة بعد اخرى جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب

قال في النهاية

قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين
المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نجعل ما قبضه
الوكيل على الاستيفاء لا يلحق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالف اخرى
ضاع ذلك اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة
لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء يلحق المضارب
ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى
فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل
بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى
اقول في كل واحد منهما من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفت
آنفا واما في الثاني فلان كل واحد منهما يقتضي ان لا يرجع الوكيل على الموكل
في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع انهم صرحوا
برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك
فلان ابطال حق الموكل يتحقق بالرجوع في المرة الاولى ايضا العلة مذكورة
واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة لما تحقق
بالشراء كان الرجوع بالهلاك بعد الشراء رجوعا بما حدث بعد
زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى وايضا يرد على الوجه الثاني
ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل
تقف ثم اقول الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا
هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على
الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد
بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء

صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على
الموكل ولهذا لم يرجع عليه اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن وهلك
بعد الشراء وقد اشار اليه المصنف بقوله لانه يثبت له حق الرجوع
بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء
امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع
عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف**
اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب آخر هذا الفصل لان الاختلاف
في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قوله** ولو قال المضارب
اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة
بينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على عدمه
لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه
تاج الشريعة اقول تسمية احد المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على
خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جدا او
الاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في اخوات هذه المسئلة
على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر
اقترح شيئا نجد لك طبخه. قلت اطبخوا لي جبة وقميصا **قوله** لان
المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر. حمل صاحب النهاية التملك في قول
المص يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث قال اي تملك الربح وسلك
صاحب العناية ايضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعي عليه تملك
الربح اقول الظاهر ان مراد المص بالتملك ههنا تملك اصل المال لان دعوى
الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك الربح فامر تابع لتملك

فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن
مدفوعا اليه قبل الشراء صح

له بها شهرته

اصل المال

اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما
اولا فلما اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك
اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وحمل التملك في الدليل على تملك الربح
يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى
تملك اصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعي هناك استحقاق الربح دون
استحقاق اصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعي فيما نحن
فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح
واما تمليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك
كله بالتامل الصادق وتتبع قواعد اهل اللغة واقوال الائمة **قوله** والبينة
بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب
النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة
رب المال اقوى بالقبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات
لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا
مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا انتهى كلامه
وقال صاحب العناية قال المص لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة
واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف
لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي
الضمان فاقام المص اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة و
هو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه اقول
جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر
انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا المخالفة لاذن رب المال فانه يدعي الموافقة له وسبب

الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه ان يقال عدم
احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس يدعي شيئا بل لان
القول قوله لكون الاذن مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه
ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المص وعدم حاجة الآخر الى
البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه
صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المص ههنا فتدبر قوله ولو وقتت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى اقول لقائل ان يقول
هذا مناقض لما ذكره آنفا من ان البينة بينة المضارب لجواز ان يكون
صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على
عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد ان ذكر قول المص ولو وقتت
البينتان الخ وان لم توقتا او وقتتا على السواء او وقتت احديهما دون الاخرى
فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المصنف من ان
البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم
التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب النهاية في اسلوب التحرير ههنا
حيث لم يزد على قول المص ولو وقتت البينتان الخ شيئا من المسائل
التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال
بعد ما استشكل قول المص فيما قبل والبينة بينة المضارب الخ واما صاحب
الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى
الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكر ما في الذخيرة مفصلا مندرجا
فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المص ولو وقتت
البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبا الى

صاحب

صاحب الذخيرة فلا يغره منافاة ذلك لما ذكره المص لاعترافه بان ما ذكره
المص ههنا مطابق لرواية الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في اول كتاب
الاقرار ثم ذكره بعد العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى
الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة
بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة
بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى واعلى مما ليس بلازم فكان في
الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة
ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف
الخصال عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة
تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة اقامت
الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة
صرح به في الشروح
تاج الشريعة وغيره
من الودع وهو الترك عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها قال شمر زعمت
النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي عليه السلام افصح العرب
وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك
عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية و
كالنهاية ومعراج الدراية
تفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول
فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة
بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها
لغة الترك الا بتأويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها

لصاحب النهاية وصاحب
معراج الدراية وصاحب
الغاية

مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال واما التسليط على حفظ المال هو الايداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء لان محصول ذلك ان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غير مال قالا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهدا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك قوله

الوديعة امانة في يد المودع الخ قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف جوز بينهما المبتداء والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتداء وخبرا الا على طريق التفسير كقولك الليث اسد والحبس منع ومراد المص ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة ان يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل احد المتباينين على الآخر غير

صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا ان الوديعة
في الاصطلاح هو التسليط علي الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من
ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت
غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم علي الاخص انتهى كلامه ورد عليه
بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباين للوديعة بهذا المعنى لا انها
اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان
لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعني مباينا للامانة مع كلام
آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المص الوديعة امانة في يد المودع اذ
التسليط علي الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعتهما
معا بحمل كلام صاحب العناية علي المسامحة بان يكون مراده بقوله هو
التسليط علي الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط علي الحفظ فيكون حمل
نفس التسليط علي الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا ان تكون
الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا
ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه
تصحيحا لكلمات الثقات الناظرين في هذا المقام فان ذينك المحذورين
يردان علي ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة
هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد
وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ
صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الي ذلك من عبارات
المشائخ بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة
اعم من الوديعة بناء علي اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة يخالف

لما مر

لما مر جوابه في اواخر باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة
قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان واما مجرد ذلك
ما ذكره المص هناك من ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة
لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع
صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعنيها كان علي
هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر
الجواب الاول ونسبه الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاولى من الجواب
فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة عنده
اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ
الامانة ينبغي ان يصح استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة
ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدا وخبرا
انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى
غير مضمون لما احتيج الي ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بقبح ان يقال الوديعة
غير مضمونة علي المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد
عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع
لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام
الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان
علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد
وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الي غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها
في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول

فيه تعريض على بعض الفضلاء في قوله ... من ان الوديعة ... ضعف انتهى

غيره بوضع واحد فمن اتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن
فيه قوله ولانه لايجد بدا من الدفع الي عياله لانه لايمكنه ملازمة بيته
ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه
شيء وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة
الي عياله رضى المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به
وليس كذلك فان المالك اذا نهي عن دفعها الي احد من عياله فدفعها
الي من لا بد له منه لم يضمن كما سياتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك
هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لايجد بدا من الدفع الي عياله فالاولي
ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يقتضي
سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام
الزاهدي قوله فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك
رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة اقول فيه ايضا
شيء وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله
لا بيد نفسه لان يدهم غير يد نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيدهم
لا بيد غيرهم علي نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم او اودعها
غيرهم علي صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري
للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون
رضاه بيدهم رضي بيد غيرهم قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها قال بعض الفضلاء (مولانا السعدي) فيه تامل فان المعلول هنا
جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات الشركة
انتهي اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة

قطعا

قطعا اذ لا شك انه لايجب علي المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء
بل يجوز ان يتصرفا فيه علي الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي
من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا
يصلح ان يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب
المعلول علة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل ان يتعلق مشية
المودع بالشركة ونفس الشركة بعد ان تتعلق مشيته بها وكلاهما كانا يوجبان
جواز القسمة تامل قوله وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها
حمل ومؤنة عند ابي حنيفة الخ قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا
اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله
بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان سافر
بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهي اقول هذا التحرير مختل و
حل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله
اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاؤه فسد المعني جدا اذ يلزم
حينئذ ان يكون ما كان الطريق مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم ان يكون ضد
الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول ذلك قوله اذا كان
الطريق آمنا فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا
كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله
فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة
بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون
الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معني المقام ايضا لانه ان اراد بقوله
اذا كان الطريق آمنا في قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان

له بدّ من السفر ومالم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل
واذا كان آمنا وله بدّ من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك
ما هو مقيد بان لم يكن له بدّ من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه
قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما
ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر
في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق
اللفظ ويدل عليه قطعا قول المص فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن ولم يذكر في كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي
ذكره صاحب العناية في صورة ان كان الطريق آمنا ولم يعين المالك
المصر للحفظ فيه وانما ذكروا ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا
وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحرير صاحب
النهاية حيث قال بهذه الكلمة اذا كان الطريق آمنا اما اذا كان مخوفا وله
بدّ من السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بدّ من السفر
ان سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه ان يتركها في اهله
كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحبي الكفاية ومعراج الدراية
حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ
في المصر فان كان سفره منه بدّ ضمن وان كان سفرا لا بدّ له منه فان امكنه
الحفظ مع السفر بان امكنه ان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن و
ان لم يمكنه ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين
فخلط الكلام واف معنى المقام. قوله وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا
رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك

واحد من م

قال

قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف
والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون لان المذكور
فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية
الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على ان موضع
الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون
ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر
كيف ولو افاد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل
اصلا بمقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيفوت
المطلوب وقال في معراج الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية
من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب
الوديعة القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي
لا يامر المودع بالدفع فله ان ياخذه ديانة فلما قال في الجامع ليس له ان ياخذه
زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان رواية كتاب الوديعة في اثنين
ورواية الجامع في الثلثة فلولا رواية الجامع لكان لبعض ان يقول نصيب
الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل
تبعا للاكثر فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون
مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع ان كليهما سواء انتهى اقول
في الفائدة الاخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير ان ليس
للحاضر ان ياخذ نصيبه عند ابي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان علة عدم
الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية
ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس

باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان يكون علة
عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيب فتلك الفائدة الاخري انما تظهر لو ذكر ت
رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير علي عكس ما في الكتاب
اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة علي قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة
دون قول ابي حنيفة فح نظر علي ترتيب الكتاب تامل تعرف **قوله** بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون
تقضي بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا
في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد ان شرح
هذا المقام اولا هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله
بالدفع الي من لا يجب له عليه ذلك انتهي اقول هذا النظر في غاية السقوط
لان المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع الي من يجب له عليه ذلك
لا الي من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب علي المديون قضاء
دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان يقضي بمثله وجب علي
المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الي دائنه فكان مامورا به وبالجملة
ليس كل ما يجب علي انسان لانسان دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون
دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية
والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه
لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء
ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضي بامثالها والمثل مال المديون ليس
بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهي كلامه اقول فيه نظر اما
اولا فلان كلام المص لا يساعده لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المديون

لم نتم

لم يتم استدلاله علي قوله لانه يطالب بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضي
بامثالها اذ كون قضاء الديون بامثالها لا باعيانها لا يدل علي ان الشريك
يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المديون فلم يكن حق الشريك
بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون
تسليم حق المديون وهذا انما لا ستره به واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره
السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع الي من لا
يجب له عليه ذلك اولي بالورود علي تقريره بدون ملاحظة ما ذكرنا
في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون
تقضي بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة
انتهي وهذا احق بان يتوهم كما تري والمدفع ما اوضحناه من قبل **قوله** قوله
له ان ياخذه اي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان علي ما مر وقد
تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الي القائل المعهود
في الذهن اي قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهي ولا يخفي ما فيه واما سائر
الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله ههنا **قوله** قلنا
ليس من ضرورته ان يجبر المودع علي الدفع الخ جواب عن قول الامامين له
ان ياخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع علي الدفع اذ الجبر
ليس من ضرورات الجواز اي من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف
درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اي لغريم المودع بالكسر
ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا في العناية وغيرها
اقول ههنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشي علي رواية الجامع الصغير
فان جواب المسئلة فيها فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وهذا دال علي عدم

العناية قوله له ان ياخذه جواب عن قولهما
وفيه خلل ظاهر اذ الجواب عن قولهما انما هو قوله
قلنا ليس من ضرورته الخ واما قوله له ان ياخذه
فانما هو كلام الخصم الذي يراد ان يجاب عنه لا جواب
عنه كما لا يخفي علي ذي مسكة وقد احترزت في
شرحي عن ذلك الخلل كما تري منه

قال في قاموس اللغة الالف من العدد مذكر ولو انث
باعتبار الدراهم جاز انتهي فالمص نظر الي جهة تانيثه
اولا حيث قال كما اذا كانت له الف درهم ثانيا
فعل كانت ونظر الي جهة تذكيره ثانيا حيث قال الخ
باخذه اذا ظفر به بتذكير ضمير المفعول في باخذه و
الضمير المجرور في به مع رجوعهما الي الالف و
الشراح بتعوه في التعبير منه

اخذ ح

جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودَع في غيبة الآخر عند ابي حنيفة والجواب
المذكور في الكتاب مشعر بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة
الآخر عند ابي حنيفة ايضا وان لم يجبر المودَع علي دفع ذلک اليه عنده كجواز اخذ
غريم المودِع بالكسر ما اودعه عند انسان اذا ظفر به من المودَع بالفتح وان لم يكن
للمودع ان يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز اخذ الشريک
الآخر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع علي دفع ذلک اليه عند ابي ح لما احتيج
في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه الي التشبث بحديث
ان ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودَع علي الدفع بل لما افاد ذلک
الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور
منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشي علي ما ذكر في مختصر القدوري
وهو المسمي عند الفقهاء برواية كتاب الدعوي كما سمعت فيما مرّ واعلم انّ
صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له ان ياخذه فكذا هو
يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال في ايدي الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ
نصيبه بغير رضي الآخر فكذلک هنا له ان ياخذ نصيبه من المودَع وقال في
شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في ايديهما كان ان ياخذ نصيبه
نقول لا يلزم من ذلک ان ياخذ نصيبه من المودَع الا تري انّ الغريم اذا اخذ من
مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر علي الرد ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودَع
الغريم وهذا معني قوله كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه
الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الي هنا كلام
ذلک الشارح اقول فعلي هذا الاستخراج يتمشي الجواب علي
كلتا الروايتين ولكن لا يخفي علي من له دربة باساليب الكلام انّ تقرير المص

لايساعد

لايساعد ذلک جدّا تبصّر **قوله** وشرط ذلک انّ دعوي كل واحد صحيحة
اي علي سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا
من اثنين بكماله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معني المقام
فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة اصلا واما بعض الفضلاء فقد
مولانا السعدي
قصد توجيه المقام بالحمل علي صحة دعواها علي سبيل الاجتماع حيث قال في
بيانه بان يودعه احدهما فيشتري المودع به سلعة من الآخر ويسلمه اليه من ثمنه
فيقبضه ثم يودعه ايضا انتهي اقول ليس هذا بشيء لانّ ما ذكر في اصل
المسئلة من قوله فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه يدل
علي انّ كل واحد منهما ادعي انها ملک له في الحال اودعها اياه ولا شک انّ
العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله في حالة واحدة ولا ان
يكون مودعا من اثنين بكماله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلک
القائل قد زال ايداع احدهما الالف ممن هي في يده وزال ملكه عنها ايضا بشرائه
بها سلعة من الآخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا في دعواهما المزبور
قوله ويحلف لكل واحد علي الانفراد لتغاير الحقين قال جماعة من الشراح
وهم صاحب
في تعليل تغاير الحقين لانّ كل واحد منهما يدعي الفا اقول يرد عليه انّ كل
واحد منهما انما يدعي الفا معينا وهو ما في يد المدعي عليه كما صرح به في وضع المسئلة
والنقود تتعين في الودائع علي ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح
هذه المسئلة في التبيين فمن اين يدل هذا علي تغاير الحقين ثم انّ بعض الفضلاء
بيّن مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر انّ تغاير الحق لتغاير المستحق
فلكل منهما حق في يمينه علي ما مرّ في الدعوي من قوله ولک يمينه انتهي اقول
ليس هذا بمفيد ههنا لانّ ما يقتضيه ان يكون لكل منهما حق في يمينه انما هو

كان الاظهر ان يقول من ثمنها لرجوع الضمير الى السلعة

النهاية وصاحب العناية وصاحب معراج الدراية

مولانا السعدي

عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما
علي الانفراد كما هو المطلوب ههنا بل يحصل بتحليفه لهما معًا وانما الذي يقتضي تحليفه
لكل واحد منهما علي الانفراد امر وراء ان يكون لكل واحد منهما حق في يمينه الا يري
انهما لو ادعيا من احد شيئا واحدا مشتركا بينهما علي سبيل الشيوع كان لكل واحد
منهما حق في يمينه مع انه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما علي الانفراد و
الاظهر في تعليل ان يحلف ههنا لكل واحد منهما علي الانفراد ما ذكره صاحب
الكافي حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه
بانفراده انتهي تدبر قوله اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان
يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء قال صاحب العناية في بيان وجه
القضاء بان يقضي بالالف للاول او للثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني
فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما انتهي
اقول لا صحة لقوله او للثاني اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد
نكول ذي اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب انه
قال في التعليل لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل
للثاني ايضا كان الالف بينهما وهذا نطق في ان المحتمل هنا وجهان لا غير
وكان منشا زلته هو ان سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بان
يقضي بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم او لاحدهما
يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع ان مرادهم به احدهما بعينه وهو الاول
كتاب العارية قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب
لما قبله في اول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية لغة وشريعة
اما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الي

العار

العار لان طلبها عار والعيب والعارة مثل العارية انتهي وقال المطرزي في
المغرب العارية اصلها عورية فعلية منسوبة الي العارة اسم من الاعارة كالغارة
من الاغارة واخذها من العار العيب او العري خطا انتهي وفي بعض الشروح
ما ذكر في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلي الله عليه وسلم باشر الاستعارة
فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والتهذيب وقد تخفف العارية
وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير
نوبة في الانتفاع بملكه علي ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متي شاء ولهذا
كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك
العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود
النوبة اليه في مثلها واما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك
المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك
الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب قوله ونحن نقول انه ينبئ
عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك
الخ اقول فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من
العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة
كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلي هذه الوجوه
المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التمليك وثانيهما
ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل علي كونها بمعني التمليك
دون الاباحة لجواز ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعني الاباحة
لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظ الاباحة
ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك علي ما سيأتي في الكتاب وقال

صاحب العناية فيه بحث من اوجه الاول انه استدلال في التعريفات
وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض
فذاك وان انتقض بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال
فانما يكون في التصديقات والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح
لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الي فرع هو
نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه اصول الفقه
والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الي فرع
هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الي هنا كلامه اقول كل واحد من
اوجه بحثه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال علي نفس التعريف
الذي هو من قبيل التصورات بل علي الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كان يقال
هذا التعريف هو الصحيح او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات
التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان الاعتراضات الموردة في
التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد علي الاحكام الضمنية بان هذا
التعريف صحيح جامع مانع لا علي نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب
ان امر الاستدلال هنا ايضا كذلك واما الثاني فلان المص لم يقصد اثبات
كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتي
يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك
بالقياس علي قبول الاعيان لهما وقصد باثبات هذا دفع توهم الخصم ان
المنافع اعراض لا تبقي فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفي
ان قبول الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال علي جواز
البيع والهبة فيصح تعديته الي قبول المنافع لهما ايضا واما الثالث فلانه ان اراد

بقوله

بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو
مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع
مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم علي ما عرف في اصول
الفقه وان اراد انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو
القبول لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع
مشتركان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المص والجامع دفع الحاجة ثم قال
ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول فما
ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لا استدلالا علي ذلك وان كان الثاني
جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهي اقول وفيه بحث من
اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ
قد تقرر في محله ان مآل التعريف اللفظي الي التصديق والحكم بان هذا اللفظ
بازاء ذلك المعني فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم
فيه بل هو تصوير ونقش فلا معني لقوله فان كان الاول فما ذكر في بيانه يجعل
لبيان المناسبة لا استدلالا علي ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا
ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة
ولا شك ان اللوازم البينة لا تحتاج الي البيان فلا وجه لقوله وان كان
الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر ان ضمير عنها
في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الي اوجه بحثه مع ان ما ذكره في الجواب
علي تقدير تمامه انما يكون جوابا عن الوجه الاول من تلك الاوجه دون
غيره كما لا يخفي علي الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية
وعرفناها بانها عقد علي المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في

اي صاحب العناية

كلام المص ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل
ماذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما
من الشكوك واما ثانيا فلان قول المص هي تمليك المنافع بغير عوض يحمل التمليك
عليها بالمواطئة ينافي ظاهرا كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا
يحمل عليه بالمواطئة فلم يتم قوله وليس في كلام المص ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا
فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث
قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض
وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان
توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض
الفضلاء على قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فسلم واما من
الاخيرين فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان
يكون ماذكر في الكتاب حكم العارية دون معناها شرعا لم يتصور وضع بينه
وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور انه قياس في الموضوعات
وهو غير صحيح قوله والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون
ضائرة. جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك ووجهه ان الجهالة
المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون
ضائرة كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا الحل انما صحت
العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة لان هذه
الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها
غير لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه
اقول فيه نوع خلل لان قوله وانما صحت العارية مع جهالة المدة

وأن لم

وأن لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا
بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع
جهالة المدة فيلزم ان لا يتم هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة
لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على ان العارية هي
الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في
العبارة ان يقول وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان كانت
هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الخ تأمل قوله
وتنعقد بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل
فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه اي حقيقة في حق
العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجاز ثم قال وفي عبارته نظر
لانه ان اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز
المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذا بين العبارتين و
الجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى
الثاني بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة الى هنا كلامه
ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تأمل فان تخصيص الاولى
بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا يندفع مادة
الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول
ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة و
المجاز المتعارف كما عرف في موضعه واراد المص بالصريح ههنا الحقيقة
فقط بقرينة ماذكره في مقابله كما بينه صاحب العناية فان اراد
ذلك البعض ان تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست

كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول فنوم و
انما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى
الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص الاولى بذلك يوهم ان
الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه
حتى لا ينحسم مادته قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على
هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الخ قال صاحب الكافي كان ينبغي ان
يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان
الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال
الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان
احدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة
انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق
هو عليه فان الشيئين هو الثاني دون الاول ومبنى التاويل ههنا
وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا محالة
فلا اعتبار في الجواب لا يقال يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا
رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان
جدا يابى عنه قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب
كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله ولهذا كان واجب الرد و
صار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا
المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة
الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء
فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق

اذا هلك

اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح المذكور قول المص
ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى اثره الشارح العيني و
سكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى
قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره
لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء
وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار
كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي
كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله يصير المعنى على تقدير
ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن
ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون
اشارة الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض
على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن
سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه
لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال احق بان يفرع
عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء
ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع
هذين النوعين قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه
لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا
فيه قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما ان يجب
بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان

اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
اولا باجتماعها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى
يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع
تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه
فاسد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيئ ينفي الضمان فكيف يضاف
اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا
للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا ولهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قطعا في اثناء
تقرير حجتنا في هذه المسئلة فدرج الشارح المذبور اياه في احتمالات ايجاب
الضمان ونسبة ذلك الى المص بقوله يعني خروج عن سنن الصواب
قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع
تعديا • جواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا
يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا
لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا
ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن القبض
ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة
انما هي في حالة الاستعمال فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا
هلكت في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء الضرورة
فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا
يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب
غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين يثبت
ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض

في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع
ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك
نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما اناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع به ساعة
ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا اركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون
المعروف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب
الضمان الى هنا كلامه واشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج
الدراية ايضا فتبصر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد
لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه • جواب عن قول
الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره
انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فصار
كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي
فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر
في فصار راجع الى الماخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار الماخوذ بالعقد كالماخوذ بالعقد
فيلزم تشبيه الشيئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهو ان يحمل
الباء في قوله لان الماخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالماخوذ
بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان الماخوذ بملابسة العقد اي ما
كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك
كالماخوذ بسبب نفس العقد فيؤل الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من
قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء اذ القبض بجهة الشراء
مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المص ههنا
الى ما ارتكب صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت

فان قلت لم لا يجوز ان يكون راجعا الى
المقبوض على سوم الشراء قلت لانه
لا معنى ح لتفريع قوله فصار كالماخوذ
بالعقد على ما قبله اذ لا يلزم من ان يكون
للماخوذ بالعقد حكم العقد ان يصير المقبوض
على سوم الشراء كالماخوذ بالعقد وهذا
ظاهر منه

لا يلزم بالقبض نفسه ولكن
بالقبض بجهة الشراء صح

بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله
لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض
مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع
فيه لا من اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي المأخوذ لاجل
العقد له حكم العقد على ان تكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله
تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عم ان امراة دخلت النار في هرة
حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم
قال صاحب العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في
العقد له حكم العقد ولكن لا عقد ههنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة
جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج
ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور
لا يتوجه ههنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد
بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا
معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم ان الجواب المزبور منظور فيه لانه وان
كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع
لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري
بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد اخذه من يد مالكه فاذا وجب الضمان
عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر
لاحد المتاخذين في العقد وترك النظر عن الآخر فتأمل قوله وله ان يعيره
اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام
والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر النظائر الامام

التمرتاشي اقول في اكثر هذه الامثلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه و
ان كان مطابقا لما ذكره البعض في آخر هذه المسئلة بقوله فلو استعار دابة
ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه
مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا
يجوز من ان الحمل كالركوب او اللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه كحكمهما
عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة
المعتبرات مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت
وممن ظهر المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال ههنا
سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب
والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في
الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود
عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه سيأتي
في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في استئجار
الاراضي للزراعة حتى يسمي ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كيلا تقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف
باختلاف المستعمل وعن هذا اخرج الامام الزيلعي ما يختلف باختلاف المستعمل
فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة
واما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى
غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحوانيت للسكنى كما
ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل
ويمكن ان يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر

في شان الحمل حيث قالوا في
كتاب العارية انه صح

السكني لان مجرد السكني لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة
والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف
باختلاف المستعمل في نفس الامر السكني بل في امر خارج عنه والمثال ههنا انما هو
نفس السكني فلا اشكال فيه قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة
فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي المنافع غير
قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة
فيجعل في الاعارة دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث لان
حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل
تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني
ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة
الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره
المص جوابا عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء
لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة
اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة
دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة
قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المص ههنا وقد مر الكلام فيه اقول
لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من ابحاثه الثلثة التي اوردها
في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ايضا ليس بمتمش هنا لان
حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس
كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك ان المقيس
والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا

قوله

قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكر
من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال
لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا
يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص
كالوقاية وغيرها
ولاية الاعارة للمستعير بما اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو
اذا صدرت الاعارة مقيدة بان ينتفع به المستعير بنفسه واما اذا صدرت
الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا اي سواء كان المستعار مما يختلف
باختلاف المستعمل او مما لا يختلف به وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى
المص نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان
يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان
الركوب مختلفا انتهى فقول المص وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير ان
يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن
ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له ان يقول وهذا اذا صدرت
الاعارة مقيدة على مقتضى ما اتفقوا عليه قاطبة كما بيناه والعجب من عامة الشراح
انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المص بما ذكروا ولم يتعرضوا
لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كأنه تنبه للمحذور
الذي ذكرناه فقال في شرح قول المص وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة
لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء
اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما

يعود اليه الاشارة مما لم يذكر فيما قبل قط فكيف يصلح ان يكون مشارا اليه بكلمة
هذا الواقعة في كلام المص ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد
او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه هرب عن ورطة و
وقع في ورطة اخرى اشد من الاولى والانصاف ان المص لو ترك قوله وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بان يقول والاعارة على اربعة
اوجه لكان اولى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا
وله ان يعير وذكر خلاف الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على
وجهين اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق المنتفع بان اعاره ثوبا للبس ولم يبين
اللابس او دابة للركوب ولم يبين الراكب او دابة للحمل ولم يبين الحامل وفي هذا
الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس
في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة
عملا باطلاق اللفظ وان حصلت الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه او يركب
بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به كما في الحمل
وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال
وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على
اربعة اوجه فذكر ما ذكره المص من الوجوه الاربعة **قوله** الا اذا كان خلافا الى
مثل ذلك او الى خير منه كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحمل
عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي
القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا
يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان
انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته و

مثل كيل

مثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا
كذا في العناية وغيرها **اقول** لقائل ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان
منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما مر
به مع ان ما ذكروه في وجه الاستحسان ههنا جار هناك ايضا بعينه فينبغي ان ينفذ
بيعه ايضا فتامل **قوله** او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم
رد المثل مقامه **اقول** يرى هذا التعليل خاليا عن التحصيل لان حقيقة الاعارة
منتفية في عارية الدراهم والدنانير والكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في
صدر كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه
وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة
فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة
اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم يتحقق حقيقة
الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء فلا تاثير فيها اصلا لان يكون من
قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين فتم يفهم
من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ
الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا او كناية عن معنى الاقراض ولكن كلا مناقضة في
ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك
بالتامل الصادق **قوله** واما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة **اقول**
لقائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها و
اعتبار ذلك شرعا ايضا فكيف يتم ما ذكر سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها
الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر



الاغلب فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك
عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب واما عند تعيين الجهة فيظهر
ان المقصود تمليك المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحمل على ذلك فان قلت
عبارة المصنف لا تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا
يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء امكان الانتفاع بها بالكلية
بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على
عدم الاعتداد بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله وضمن
المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع قال صاحب الغاية اي نقصان البناء والغرس
على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون
البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح
العيني اقول لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا
لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء
والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع
ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء
المنتقصة بالقلع ويمنع ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير
المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندي ههنا رفع
البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها
موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص
البناء والغرس منه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في ديته
وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء
والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن

ما نقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا
واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب
الكفاية وتاج الشريعة ذكرا معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره
صاحب العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنانير فكان بعض
العلماء اخذ تمام قالا له حصته فاورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال وفيه
كلام وهو ان القلع ما نقص دينارين بل نقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها كما لا يخفى
انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقض في قوله يكون قيمة النقض
دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع
دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بهما قطعا واما صاحب
الكفاية وتاج الشريعة فكانهما ارادا بقيمة النقض معنى قيمة الناقص واذا
كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنانير
فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح و
اندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى
واجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فاقول الظاهر ان قوله قيمة
النقض من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه
اقول ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة
الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو
وشاع ان الموصوف لا يضاف الى صفته ولا الصفة الى موصوفها وانما جواز
ذلك مذهب سخيف كوفي لا ينبغي ان يصار اليه في توجيه كلام الثقات
على ان النقض فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان يجعل مجازا
عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة

ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا تؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب ان المراد ان الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه لخيانة نفسه او بمانع يمنعه عنه فيلزم ان يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتاخر عنه بالضرورة فافترقا واما ما قاله بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت او لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المص ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قالا فان قيل هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت العادة

له توقيتا

له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل تنشد قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده قال صاحب النهاية فان قيل كما ان المنفعة سالمة للموجر فكذلك هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للموجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستاجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة الموجر اولى الى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستاجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الآجر اكثر ما فيه ان لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك للعين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضييع لا رد وصار كرد المغصوب او الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع

الرد الي المالك لا الي داره ومن في عياله لانه لو ارتضي بالرد الي عياله لما
اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا التحرير مختل فان قوله لان الواجب
علي الغاصب الي آخر كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه
فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا
بل انما ذكروه في محله فيما سيأتي كما ترى

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادني الي الاعلى ولان
العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن
الهبة لا تحصى ولا تخفى علي ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب
فقال انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة
اصلها من الوهب والوهب بتسكين الهاء وتحريكها وكذلك في كل معتل
الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف اوائلها
ويعوض في اواخرها التاء ومعناها ايصال الشيء الي الغير بما ينفعه سواء كان مالا
او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا
ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال
وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه
منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة
فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد
عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم ار احدا من شراح الكتاب
حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لايراده مع ظهور وروده جدا
غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الي الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك
عين بلا عوض وقال في شرحه اي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه

لينتقض

لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لو كان
المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليعم ما كان بشرط العوض
من الهبة بناء علي ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء
ومن بشرط لا شيء لكان تعريف الهبة صادقا علي البيع ايضا كما لا يخفى فيلزم ان
ينتقض به طردا علي عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشتد
ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا
عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعني ان الهبة هي تمليك المال بشرط
عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط
العوض الا انها ليست بشرط الاكتساب الا يرى انهم فسروا البيع بمبادلة
المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط
العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق علي الوصية بالمال
فانها ايضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلو
زادوا قيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان
الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال قوله وتصح بالايجاب والقبول قال
صاحب النهاية اي تصح بالايجاب وحده في حق الواهب وبالايجاب والقبول
في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار
والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما
ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف ان يهب
عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفي اثره
صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان
معنى المقام علي هذا المنوال ايضا وعزاه الي المحصر والمختلف وبني صاحب العناية

يملكه بدون القبول اذا قبضه يفتي عليه في التبيين وذكر في الذخيرة كما سنبينه مفصلا

ايضا كلامه ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف
البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف
ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب
له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى كلامه والشارح
العيني ايضا اقتفى اثر هولاء وبالجملة اكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالايجاب
وحده اقول هذا الذي ذكروه وان كان مطابقا جدا لما ذكره المص في مسائل
منثورة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب
ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد
تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره
في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب
والقبول كسائر العقود ويشهد بهذا ايضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت
الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولكن لا يملكه الموهوب
له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا
سترة به عند من له ذوق صحيح ثم ان صاحبا النهاية ومعراج الدراية قد كانا
صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول ولا يخفى ان ذلك
التصريح منهما ينافي القول منهما ههنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا
شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل
بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا
ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب
والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على
الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه

انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير انتهى
كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا انه
غير ملائم لما ذكره في مسائل منثورة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وايضا
يرد عليه ان التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي
ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو
الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل ان كلمات
القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان
واما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان
العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب
ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول و
وجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب
البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له
فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال
القبض ايضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء
لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل و
في قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان
فباعه فلم يقبل انه لا يحنث الى هنا كلامه قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات
الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح
يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب
التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع

[illegible]

التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع
بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي
وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه
مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت
من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل
التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه كلام
اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم
منقوض بالهبة للموهوب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع
كما سيأتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في
اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز
الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتامل في الدفع
قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت
حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى
ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف
عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه في
الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف
مولانا السعد كاتب
لا يستلزم الايجاب التام انتهى اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر
من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون قايما مقامه وهذا لا يتصور فيما اذا كانا
في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما ح يعطي حكم نفسه بنفسه
فلا يأخذ احدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول احدهما منزلة الآخر وقيامه مقامه بخلاف

ماذا كانا

ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ ان
يأخذ احدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة القبول في البيع اخذ حكم القبول في البيع وثانيهما
ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة كما لا يوجب
ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة
لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له
من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وذكر في
الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث
انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت
الملك قطعا ولا يصح عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي
في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المص ولنا ان القبض الخ حيث قال وكان
ينبغي ان يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم
في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد
نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب
ان يقول ولنا وان لم يصرح بذكر الشافعي انتهى اقول ان تحقق خصم يأخذ بالقياس
في هذه المسئلة مما يجوز ان يقول ولنا ايماء الى وقوع منازع في هذه المسئلة
واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل كما هو
المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذة المص بتفويته المناسبة في
تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما
لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الامر
بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب
بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري

بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط
ولما كان القبض في الهبة الخ

قال في الذخيرة في فتاوى ابي الليث قال ابو بكر رح
اذا قال الرجل لغيره وهبت عبدي هذا لك والعبد حاضر
فقبض الموهوب له العبد ولم يقل قبلت جازت الهبة
وكذلك لو كان العبد غائبا فذهب وقبضه ولم يقل
قبلت جازت قال الفقيه ابو الليث رح وبقول ابي
بكر نأخذ الى هنا لفظ الذخيرة

[illegible]

لايحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لايهب فوهب ولم
يقبل يحنث استحسانا فيقف علي ماوراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد
المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية
ومعراج الدراية الي المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لايدفع
السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة
ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لماصح في القبض ما لايصح في القبول
من التاخير الي مابعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب
وايجاب البائع بان الاول عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا
لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر بعد المجلس
في البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة
القبول في البيع بعده وهذا لايدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة
القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لايخفي واما ثانيا فلانهم صرحوا بان الحكم في
البيع الفاسد علي هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الي القبض كما
ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده ولا
يخفي ان الجواب المذكور لايتمشي في تلك الصورة رأسا لان الايجاب في
البيع الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطر العقد لاتمامه فلا
يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء علي الجواب المذكور بوجهين
مولانا سعدي
آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر
الواهب وايضا هذا الكلام يناقض ماتقدم من المص من انه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول انتهي اقول كلا وجهي بحثه ساقط اما الاول
فلان الملازمة في قوله لو صح ماذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب مسلمة

فانا

فاما بطلان التالي فلم اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء
فقبضه الموهوب له من غير قبول صح علي مانص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة
ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول بعد المجلس بامر الواهب
اولي كما لايخفي واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو
الايجاب من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا
والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور علي الاستحسان ومدار ماتقدم
من المص علي القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المص نفسه في مسائل متفرقة
من كتاب الايمان بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل
والعاقل لايتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حمل احدهما علي القياس والآخر
علي الاستحسان قوله والمقصد منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه
تسليطا علي القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب
له واذا كان كذلك فيكون الايجاب منه تسليطا علي القبض تحصيلا لمقصوده
فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من ايجاب عقد
البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والمبيع حاضر
لايجعل ايجاب البائع تسليطا علي القبض حتي ان المشتري لو قبض المبيع بغير
اذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع ان يسترده ويحبسه حتي يأخذ الثمن واجيب
بانا لانسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده
منه تحصيل الثمن لاغير وثبوت الملك للمشتري ضمني لاقصدي فلا معتبر به كذا في
الشروح اقول لايرد النقض المذكور رأسا اذ لو سلم ان مقصود البائع من
ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فذاك المقصود يحصل بقبول المشتري
من غير توقف علي القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري

انما الي الحكيم يفيد الاستحسان
بدليل انه لو حلف لايهب فوهب
ولم يقبل حنث استحسانا

فوقع التوارد بيني وبين بعض الفضلاء
في هذا الكلام ولكن كنت كتبته في مسوداتي
قبل ان اري ماكتبه منه

فلا مقتضي لجعل ايجاب البائع تسليطا علي القبض لحصول مقصوده بدون ذلك
بخلاف فصل الهبة كما تقرر قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما
اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به
اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث
ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف علي القبول في البيع
كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات الا يرى ان القبض في الهبة ليس بركن
العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن
داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان يتقيد القبول بالمجلس
ان يتقيد ما يلحق به من الحيثية المذكورة بالمجلس ايضا فان تقيد القبول بالمجلس
من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس بامر البائع
ايضا فلا يتعدي الي ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا
بالقبول من جهة كونه موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض
بعد المجلس بالاذن ايضا فتأمل والاولي في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا
هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد
لبقاء الايجاب علي الصحة من القبض لان القبض متي فات بالهلاك قبل التسليم
لا يبقي الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب علي الصحة
وجود القبض لا محالة كان الاقدام علي الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض
اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع علي الايجاب اذنا للمشتري
بالقبول مقتضي بقاء الايجاب علي الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة
والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن
في المجلس لان الايجاب يبقي صحيحا متي قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء

المجلس

المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت
في المجلس وبعد المجلس انتهي قوله اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف
الي ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير
صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا اضيف الي ما يطعم عينه يراد
به تمليك العين فعلي هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك
لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام
يريد به الشافعي كما مر في باب الظهار من كتاب الطلاق
يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الي ما يطعم عينه فافهم انتهي كلامه
اقول يمكن الجواب عن هذا النظر بان مراد المص بالاضافة الي ما يطعم
عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام وفي آية الكفارة لم يكن
الامر كذلك فكان الاطعام فيها علي اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك
الي هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالي
اطعام عشرة مساكين اشارة الي ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به
لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا والحق به التمليك دلالة لان المقصود
قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهي وقال في التلويح واما نحو
اطعمتك هذا الطعام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعله طاعما قالوا
والضابطة انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهي تأمل ترشد
ثم انه قد ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض
فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل
فاقبضه يكون هبة او عارية انتهي اقول لا يذهب علي ذي فطنة ان اطلاق
رواية الكتاب وتعليل المص بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل لان الظاهر
منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الطعام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في

ان قوله المذكور انما يكون هبة اذا قيده بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيده بذلك
فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية
الاصل لان التمليك انما يستفاد على هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من
لفظ الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في آية الكفارة على اصل وضعه
وهو الاباحة قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون
عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها اقول لقائل ان
يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف
اليها على حقيقته ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك
اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك العين مجازا مع
ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب
انه وان امكن ان يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا
لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف فيه ان يراد
اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما ان المتعارف فيما اذا اضيف
الاطعام الى ما يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقد انما يجب حمله
على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله وكذا اذا قال جعلت
هذه الدار لك عمري لما قلنا قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى
قوله فلان حرف اللام للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما
عن البيان اقول الظاهر ان قول المص هذا اشارة الى قريبه وهو قوله
فلقوله عم من اعمر عمري فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه
الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران
لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكرها

اذا قال

اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي قال له واما ثانيا ولا يرى اثر فرق
بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمري الا باشتمال هذه الصورة
على لفظة عمري دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله
لك للتمليك لا كون لفظة العمري لاثبات الملك للمعمر له لكان ذكر هذه الصورة
مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دابه
عند قصده الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله
عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده تبصر قوله
واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال
حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل
تصرف في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة
لان هذا اللفظ قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد
عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب
وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقة الاركاب نظرا
الى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت
مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر صاحب
العناية فحوى ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم
في العارية من قوله لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك
المنافع مجازا لما اشرنا اليه هنالك ان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف
فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة
يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى اقول بقي

واما كون المذكور في احدهما هو الثوب وفي الاخرى
الدار فلا اثر له في الحكم كما لا يخفى على ذي مسكة
وانما ذكر الدار بدل الثوب لمناسبة العمري لان
الدار مما يبقى مدة العمر دون الثوب في الاكثر
منه

اشكال وهو انه قد تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة
والمجاز متعارفا فعند ابي حنيفة رح المعنى الحقيقي اولي والعمل به وعندهما المعنى المجازي
اولي والعمل به واما اذا كانت الحقيقة مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا عرفت
ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلي مقتضي الاصل المذكور يلزم
ان يكون العمل عند ابي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما
بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل الحمل علي العارية
عند عدم ارادة الهبة علي اصل ابي حنيفة وان يحمل علي الهبة وان لم ينو ما علي اصلهما
مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة علي الاول من غير ان
يذكر الخلاف في شيء منها فليتامل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معني
الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التامل فيه حتي يترجح احد معنييه
او معانيه بالادلة او الامارات علي ما تقرر في علم الاصول وفي ما نحن فيه ان نوي
الهبة يحمل عليها وان لم ينو ما يحمل علي العارية من غير تامل ولا توقف فاين هذا
من ذلك **قوله** ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل
يعني ما ذكروه في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة كذا في الشروح
اقول ههنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة
عن مسئلة الحمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية
عارية وان نوي بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا
الثوب وقوله حملتك علي هذه الدابة عارية اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل
لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل علي تمليك المنافع تجوزا فكان
بين كلاميه في المقامين نوع تنافر واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره
في كتاب العارية من قوله عم المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن

حاشية: اشارة الي امكان دفع الاشكال بان المحقق التفتازاني
بعد ان قرر البحث المزبور في التلويح علي ما نقلناه قال وهذا
مشعر بترجح المجاز المتعارف عندهما سواء كان عاما
متناولا للحقيقة اولا وفي كلام فخر الاسلام و
غيره ما يدل علي انه انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة
بعمومه كما في مسئلة اكل الحنطة انتهى ومنحتك فيه ليس
المعنى العرفي عاما متناولا للمعنى الوضعي الحقيقي بل
مباين له لانه تصرف في المنفعة والآخر تمليك العين
فعلي ما فهمه المحقق التفتازاني من كلام فخر الاسلام
وغيره يكون ما نحن فيه خارجا عن محل الخلاف المذكور فيستقيم
ما ذكر في عامة المعتبرات علي الاتفاق منه

الاصل

الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم او هذا الطعام فهو هبة ولو قال
منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية وقال فالاصل ان لفظة المنحة اذا
اضيفت الي ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الي ما
يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات
وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض
بالفصل الاول فتامل في التوجيه **قوله** لان قوله شئتكها مشورة وليس بتفسير
اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال
تاج الشريعة لان قوله شئتكها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب
العناية بقيل بعد ان ذكر مختار العامة **اقول** ليس هذا بصحيح لان قوله
شئتكها ليس بفعل المخاطب وانما فعل المخاطب السكني الذي دل عليه لفظ شئتكها
والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل
المخاطب **قوله** وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه
تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب العناية في حل هذا الكلام
وهذا اي جوازه باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك
كما في البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية
عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا الي محله
ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز
ان يكون الشيوع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في
التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف درهم الي رجل يكون نصفه قرضا
عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصي لرجلين بالف درهم فان ذلك
صحيح فدل علي ان الشيوع لا يبطل التبرع حتي يكون مانعا انتهى كلامه **اقول**

عليان م

تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في
قول المص وهذا لان المشاع اشارة الي جواز عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون
قول المص وهذا لان المشاع الي آخره دليلا علي اصل مدعي الشافعي وهو قوله
يجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول المص ولان المشاع
بدل قوله وهذا لان المشاع والثاني انه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال
فكان العقد صادرا من اهله مضافا الي محله ولامانع ثمه فكان جائزا والباعث
عليه جعله لفظ هذا اشارة الي جوازه والثالث انه حمل قول المص وكونه تبرعا
الخ علي الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع علي مقدمة من المقدمات التي قدرها
وهي قوله ولامانع ثمه والحق عندي ان مقصود المص من قوله وهذا لان المشاع
الخ اثبات كبري الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات اصل
المدعي ولفظ هذا اشارة الي مضمون هاتيك الكبري فالمعني وهذا اي صحته في
المشاع اوكونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا
له فلا يلزم ح الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية
اما الاول منهما فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الي ما قدره من
المقدمات الزائدة كما يظهر بادني التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا
يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد علي الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو
ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب
ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزاما عليه مالم يلتزمه وهو باطل
فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض
والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم ح الوجه الثالث
ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية وهو حمل الكلام المذكور علي

الجواب

الجواب عما يرد علي مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر **قوله** ولان في تجويزه
الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام
الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل
هذا ضرر مرضي لان اقدامه علي هبة المشاع يدل علي التزامه ضرر القسمة و
القائم من الضرر مالم يكن مرضيا اجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا
ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها
كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول
في الجواب بحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس
هذا الدليل اعني قوله ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة لان
الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت
الملك للموهوب له وشيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا
من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم
الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاين يلزم من تجويز هبة المشاع الزام الواهب
مؤنة القسمة حتي يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو
الملك المشاع وهو الذي ذكر في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفرز وهو
يستلزم القسمة لانا نقول لا نم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل
حكمها هو الملك مطلقا الا يري ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزة
بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب
بل هو الملك المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب
ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من اقدم علي الهبة يرضي بحكمها
قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضي منه بما يستلزم القسمة



الملک المعزز بهذا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال
فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع
عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى اقول كل واحد من اصل بحثه وعلاوته
ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا
ان طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما
هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني
فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف
دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة المشاع
الزام الواهب احد الضررين وذلك لا يجوز وايضا هل يجوز العاقل ان يكون
بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها او ليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء
على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق
فيها الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك
ثم اقول بقي شيء في اصل هذا التعليل وهو ان واهب المشاع اما ان يرضى
بالقسمة او يمتنع عنها فان رضي بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة
القسمة الزامه ما لم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابي حنيفة
لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده على ما يجيء في كتاب القسمة
فلم ينتهض هذا التعليل على قوله قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به و
هو المنفعة والهبة لاقت العين. هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره انه ان لم
تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم
ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهاياة
تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهاياة قسمة المنفعة والهبة التي هي

قال بعض الفضلاء هذا ممنوع فان الاقدام على
عقد الهبة التزام انتهى اقول الجواب الذي
ذكروه في مؤنة القسمة جواب عن هذا ايضا
فكانه غفل عن ذلك او بنا كلامه هذا على زعمه
ورود كلمة الذي اورده على ذلك الجواب و
قد عرفت حاله منه

عقد

عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك منافيا في
عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح
والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام ما
لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم
بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك وبدفع التحكم بان في
عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها
عن ملكه وليس في غيره ذلك لان المهاياة لا تحتاج اليها انتهى كلامه اقول
لا يجري في الجواب الذي ذكره كثير طائل. في دفع سؤال سائل. لان حاصله ان
في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك
في المهاياة فللقائل ان يقول ان لم يكن في المهاياة الزامه اخراج عين عن ملكه
ففيه الزامه ازالة نفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثاني
مطلقا غير مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون اعز واشرف من مقدار
عين يصير اجرة قسمة فتكون ازالتها عن الانتفاع بها اشق على الانسان
واكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على
العين الموهوبة فمتحققة في الصورتين معا غير ان الزائد عليها في احدهما
العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي ان يقال تخصيص
ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه ما لم
يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما
لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان
المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع
اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين

مراد المص علي النهج المزبور قال والجواب الصحيح ان يقال بهبة المشاع فيما لا يحتمل
القسمة تمام لم يلزم منها ضمان القسمة علي الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الي
الزام التهايؤ فنقول لا نسلم ان التهايؤ ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما
نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة انتهى كلامه اقول لعل هذا الجواب
ليس بصحيح لان التهايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه احد الشركاء
سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسياتي بيان ذلك في فصل
المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه
الخ وجه القياس وقد صرحوا بان القياس ياباه ولكنا تركنا القياس بقوله تع لها
شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع
علي الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي
ذلك الي الزام التهايؤ مما لا يقبل المنع اصلا قوله واذا كانت العين في
يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الي قوله اما قبض الهبة
غير مضمون فينوب عنه • والاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة
احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلي عن الادني دون العكس فاذا
كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الي تجديد قبض لان
كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او
ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الي تجديده لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف
ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف
فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها اقول يرد علي ظ
قوله او ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال
القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المص فيما سياتي

بعد اسطر بقوله او في ملك غيره في قوله لانه في يد غيره او في ملك غيره
علي ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع
فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او ببيع فاسد فالجواب
انه قد مر ايضا في باب البيع الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد
فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه فوهبه في البيع الفاسد
بعد ان فسخ العقد فح ينتقل الملك الي البائع فيصح هبته اياه بل لا بعد ان يجعل
الهبة فسخا للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر
فقيد قول صاحب العناية او ببيع فاسد بقوله بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان
المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض علي ما يجيء بعد اسطر فكيف يصح
هبته انتهى اقول لا يخفى علي ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا
يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول
والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده بالبائع في قوله
بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا
فاسدا ويقبضه المشتري لانا نقول فان اذن له المالك في ذلك يكون البيع
باذن البائع اي المالك وان لم ياذن له فيه لا ينفذ البيع اصلا فيكون يد
القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر
قوله وكذلك كل من يعوله • اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من
يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يجوز
حذوه بعد هذا البيان اطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح
ومختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب و
وصيه والجد اب الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان

الصبي في عيال القابض اولم يكن وسوآء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه
ليس لهؤلآء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال
يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله
لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر
من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية
بعد نقل ذلك بقليل واري انه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال و
كذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو
مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن
ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي
الاب انتهى اقول ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية
ان القيد اذا كان متقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم
الجمعة سرت وضربت زيدا وليس ذلك بقطعي ولكنه التبادر الى الفهم في الخطابيات
واما اذا كان مؤخرا عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا
وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيضمحل
ما توهمه صاحب العناية قوله ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل
من يعولها غير الزوج حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الاب
اي ويملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح وكان
هذا احترازا عما ذكر في الايضاح بقوله وتاويل هذه المسئلة ان قبض الزوج
انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام
وكل من يعولها غير الزوج حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب وغيبته غيبة منقطعة

بقوله ح

وقد حققت المسئلة في ... التلخيص في بحث الفصل والوصل فارجع ...

ليست

ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى اثره
صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده
قال في مبسوطه فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام والجد والاخ
وقالوا يجوز قبض هؤلآء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما
في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا
كانت في عياله حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال
عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حالة غيبة الاب اذا
كان الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه
فظهر منه ان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير الزوج حيث لا يملكونه الا بعد موت
الاب او غيبته غيبة منقطعة قولا آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في
الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب العناية انه بعد ان
رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة
مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام
ذلك الهمام كيف تبع رأي صاحب النهاية في جعل قول المص في الصحيح متعلقا بقوله
ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى اما بعده من حيث
اللفظ فلانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعو اليه
واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المص بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما
ذكر في الايضاح من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال و
يملك مع حيوة الاب بدل قوله ويملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة
دون عدم الحيوة تامل تعنف قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في
النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع

قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك ثبت لكل واحد منهما في
النصف وهو غير مختار فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس
منع الشيوع جواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك
ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب
الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما ذكره الشارح
لما قال المص فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من سياق المص ان كلا
الدليلين استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كانه فهم من قول
صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال
يتم بجانب الملك فقط فاورد عليه انه لما قال المص فيكون التمليك كذلك
وليس كذلك بل مراده ان مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه
من الابتدائية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان يتفرع عليه كون
التمليك ايضا كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من سياق
المص ان كلا الدليلين استدلال من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على
الناظر في الكتاب قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر
ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما
نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الهبة اما
ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون بعد الاجمال فان كان الاول
لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفصيل كالثلث والثلثين او با لـ
كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة مطلقا اي سواء كان
متفاضلا او متساويا وجاز عند محمد مطلقا وفرق ابو يوسف بين المفاضلة
والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية وقد اشار

اليه المص

اليه المص بقوله عن ابي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل قول
المصنف ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف فيه روايتان
تفصيلا ابتدائيا حيث قال ولو فصل ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال
بان قال لاحدهما وهبت لك هذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف
هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب
عن ابي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر
ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف
عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول
يرشد الى ما قاله صاحب العناية ان المص قال ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر
نصفه ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان مراده العطف
على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة
فيجب ان يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال
ولو قال علم ان مراده العطف على ما في آخر المسئلة الاولى من التفصيل
الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال
في الاولى بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة باب
الرجوع في الهبة لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير
لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا بابه قوله
واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية بهذا اللفظ
يحتاج الى القيود اي اذا وهب هبة لاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لذي
محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها ما يمنع الرجوع من الزوجية و
العوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع منها اما بالقضاء

لا يقال لو كان مراد المص هذا للزمه ان يقول في المسئلة الثانية ولاحدهما نصفه وللآخر نصفه دون
ان يقول ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه ليتوافق المعطوف والمعطوف عليه لانا نقول هذا من
قبيل العطف على ما تقدم بحسب المعنى كانه قال لو قال في تفصيل الاجمال لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز
ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف فيه روايتان ومثل هذا كثير في كلام الاباء منه

او بالرضاء من غير استحباب بل هو مكروه وبين وجه كون هذه القيود محتاجا
اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن
ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال و
من كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب
واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم
يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه
يفهم ذلك في اثناء كلامه اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله
وهب واجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين
الامراتين وكل هبة كانت بين الرجل والمراة وانما بقي فيها الهبة التي كانت
بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه
المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في امثالها
من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم
الاصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثاني القيدين
اللذين اعترف الشارح المزبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكر
وذلك ان لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك
ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول لقائل ان يمنع انفهام القيد الاول
من ذينك القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعهدة في هذه
المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره فتامل قوله ولنا قوله عم
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد
منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة
على المال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عم جعله احق بها وهذا يقتضي

ان يكون

ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه لو كان كذلك
لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله
كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه
الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة
حيث قال ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد
حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافها
الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان
كان اشتراه منه ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا
يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب
له قبل القبض ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذا في حق الرجوع
بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه
بحث اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل
القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من اركان عقد الهبة بل هو شرط
تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة
اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه
مجازا باعتبار ما يؤل اليه كما في نحو اراني اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى
الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك واما في الثاني
فلانه قد تقرر في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل
مؤولا باسم الفاعل او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة
ومن ومنه قوله تعالى وهو اهون عليه اذ ليس شيء اهون على الله تعالى من شيء
فلفظ احق في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المزبورة فلم لا يجوز ان

الزوجان خلاف احسن
اذ لو قصد بالتذكير
في قوله وهب واجنبي
صح

يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته مالم يثب منها فلا يقتضي
ان يكون لغيره فيها حق ثم الظاهر الشائع ان تكون صيغة افعل مستعملة في
معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل
مقصودًا في الحديث المذكور الذى استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد
القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع قادح في مقام الاستدلال
على ان لقائل ان يقول لو كان معنى التفضيل مقصودًا في الحديث المذكور فصار
المراد ان يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق الموهوب له فيها لما كان الرجوع
عنها مكروها ولما قال النبى عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه لان الرجوع
ح يصير في حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب فالوجه تجريد الاحق في الحديث المذكور
عن معنى التفضيل تطبيقا للمقامين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض [مولانا]
الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه حيث قال هذا تجر الى العمل [السعد]
بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعنى صاحب العناية اقول صرح
المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية
متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور قوله ولان المقصود بالعقد
هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله قال صاحب
العناية في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة
الظاهرة ان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه
ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا
التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمساوين والمدعى كان اعم
انتهى وقد سبقه الى هذا الدخل الشارح العينى حيث قال بعد نقل كلام
صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا في الثالث ومع هذا له

الرجوع

الرجوع في الكل مالم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية
بان المراد بالتعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي و
بالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة
وبالخدمة وبالمال فالمخصوص بالمتساويين هو التعويض المالي واما التعويض
المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي والتعليل المذكور يشمل الصور
الثلث فلا يضره كون المدعى اعم فانه يدل على جواز الرجوع في الكل مالم يعوض
تامل تفهم واعلم ان صاحب العناية ليس بمتفرد في ذلك التقرير بل سبقه
اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود من الهبة
للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه
والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض
انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل حيث قال اقول
على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض
ليس بمقصود ولكن قوله عم مالم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي
العوض انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بانا لا نم ظهور ان العوض ليس
بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من الموهوب له ليس بايجاب
الواهب اياه والقائه بل بحسب مروة الموهوب له وجري العادة على
التعويض وبنفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه
سببا لهيجان مروة الموهوب له فيجوز ان يقصد الواهب بنفيه اياه
ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات
نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني
من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر قوله لانه بتملكه

للحاجة وذلك يسمّى رجوعًا اي باعتبار الظ وان لم يكن رجوعا في الحكم كذا في
الكافي وعامّة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اعرابا عن قولهم وان لم
يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لانّ المراد بتملّك الوالد ههنا
تملّكه بطريق الانفاق على نفسه لا بطريق الشراء لانّ الشراء ممّا لا مساس
له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعًا ولانّ قولهم للحاجة يعيّن
الاوّل لعدم الاحتياج الى الحاجة في تملّكه بالشراء على انّهم صرّحوا بالاوّل
حيث قال في البدائع فانّه يحلّ له اخذه من غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا
احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب
فانّه يستقلّ بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على
نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات قوله وقوله في الكتاب
فله ان يرجع لبيان الحكم امّا الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدلّ
المص على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم يشترطون في جوازه
الرضاء او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضاء فلا كلام فيه ولا اشكال وامّا
اذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف
يكون اعانته على المعصية التي هي معصية اخرى منتجة للجواز واذا كان الرجوع
قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لانّ قضاء القاضي لا يحلّل الحرام ولا
يحرّم الحلال وانّما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحقّ على وصوله الى حقّه فاذا
كان الرجوع في الهبة لا يحلّ لا يصير بالقضاء حلالا وقد اعترف المص بعد ذلك
بانّ في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر
واهٍ مكروه انتهى كلامه اقول هذا الاشكال انّما نشأ من عدم الوقوف

على انّ محلّ القضاء فيما نحن فيه ما ذا فانّ الذي كان مكروها انّما هو نفس الرجوع
عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلًّا للقضاء انّما هو جواز الرجوع
عنها لا نفس الرجوع فانّ القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند التنازع مع
الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه
وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعيّ على اصل
ائمّتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها
بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع
الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه
ايضا التزام المكروه لانّ دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب
على الموهوب له بعد ان رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان
نفس الرجوع مكروها ثمّ انّ القاضي لا يحلّل الحرام ولا يحرّم الحلال ولكن يجعل
الضعيف قويّا والمختلف فيه متّفقا عليه بتعلّق حكمه بذلك كما تقرّر في
موضعه ثمّ انّ الضعف ان كان ناشئا من اختلاف العلماء في مسئلة
لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيّما اذا وافق مذهبه وما نحن
فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بحذافيره هكذا ينبغي
ان يفهم هذا المقام قوله او تزيد زيادة متّصلة قال صاحب
العناية ولا بدّ من قيد آخر وهو ان يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب
انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر بدّ بقوله او تزيد زيادة متّصلة
لانّ ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان
كان في صورة الزيادة كما صرّحوا به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه
حيث قال فيما بعد وامّا اشتراط كونها مؤثّرة في زيادة القيمة فلانّها

على انّ

لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في
المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار للمعنى دون الصورة
فلا احتياج الى قيد زائد ولقد احسن صاحب النهاية في البيان ههنا
حيث قال ثم اعلم ان المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما لو زاد الموهوب
في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة
فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشيء زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع
الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول بقي ههنا
شيء وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في
القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع
مع ان الدليل الذي ذكروا لمنع الزيادة المنفصلة الرجوع وهو انه لا وجه
للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها
تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة ايضا فليتأمل في التوجيه قوله
فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا قال صاحب
العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم انتهى اقول
وجه التاخير ان المصنف كره ان يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء
في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير
وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي ان
يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا
ان المص قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتاخير التعويض
لما فيه من كثرة التفصيل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المص لو

فقد

قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية و
الزوجية من اصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي
رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر
تبصر تعرف قوله فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي اقول
قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظ عدم التقييد بذلك كما وقع
في عامة المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص
الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان
وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى
فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة
الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما اولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض
من الشراح لنظير هذا في قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا
فتبصر قوله وقال زفر يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح
هذا المقام وقال زفر يرجع بنصف العوض اقول هذا سهو فان المراد
بالنصف في قول المص وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون
نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المصنف منصوص عليه في الكافي
والكفاية وغاية البيان وغيرها قوله وفي اصله وهو اي في اصل الرجوع
ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب
بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه ثابت بخلاف القياس
لكونه تصرفا في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المنفصلة وبغيرها من الموانع
واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول في قولهم و
لهذا يبطل بالزيادة المنفصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع ثابت

بخلاف القياس في جميع الصور اي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك
لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع
عنه علي كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم ان يبطل
في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه
بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا
لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء علي قولهم لانه ثابت
بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص علي خلاف
القياس اقول هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت
بالنص علي خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص علي خلاف القياس
ضعيفا فما المحذور في ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت علي خلاف القياس ضعيف
بالنسبة الي ما ثبت علي وفق القياس الا يري انهم قالوا الكل ما ثبت بالنص
علي خلاف القياس من الاحكام يختص بمورد النص بخلاف ما ثبت به علي وفق
القياس وان اراد بذلك انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص علي خلاف
القياس موقوفا علي الرضاء او القضاء فهو مم وانما يكون كذلك لو كان قوله
وفي اصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء وليس كذلك
بل العلة التامة له مجموع قوله لانه يختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء ولا يجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت بالنص علي
خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء
بالمد خطاء وانما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا اذا ضعف انتهى وقد نقله عنه
كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشيء ونقله صاحب العناية ايضا وقال وهو
خطاء لان مد المقصور السماعي ليس بخطاء وتخطئة ما ليس بخطاء خطاء انتهى ولا يذهب

علي ذي

علي ذي فطانة ان الخطاء ههنا انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهي
في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعا بل هو
علي وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن البين فيه قول صاحب
المغرب مصدر وهي الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصورا لقال
وها كما لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية
لان مد المقصور السماعي ليس بخطاء خطاء لان جواز مد المقصور السماعي
مبني علي وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا علي وزن فعل بتسكين العين
فمن اين يتأتي المد انتهى ولكن خطاء صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال
فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين
ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطاء لان هذا ايضا مصدر علي وزن
فعال كما تقول في قلي يقلي قليا وقلاء علي وزن فعال ووهاء كذلك وقد
قال الجوهري القلي البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلي
وقلاء انتهى كلامه اقول اخطاء هذا الشارح ايضا في تخطئة صاحب
المغرب لان كون الوهاء علي وزن بعض المصادر لا يقتضي ان يكون نفسه ايضا
مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس
فمجيء القلاء مصدرا من قلي يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون الوهاء ايضا
مصدرا من وهي يهي فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب
الوهاء بالمد خطاء بناء علي انه غير مسموع فلا اعتبار فيه علي ان تخطئته اياه في قوله
الوهاء بالمد خطاء ينافي تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لان في قوله هذا قصر
مصدر وهي يهي علي الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء ايضا مصدرا منه ينافي
ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحب

ولعل منشاء غلط صاحب العناية قيد المد في قول
صاحب المغرب الوهاء بالمد خطاء حيث توهم انه
احتراز عن القصر واشعار بكون الصواب هو القصر
مع ان مراد صاحب المغرب بذلك القيد بيان الواقع
فان المستعمل علي وجه الخطاء انما الممدود لا الاشعار
بان الصواب هو المقصور منه

الكفاية ومواج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في
الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة
وهو القاضي او منهما ولا يتهما على انفسهما كالرد بالعيب بعد القبض انتهى اقول
فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل احكام
البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان
لكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في
صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من احدهما
بدون رضى الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض ايضا
بسائر العقود الغير اللازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها با[illegible]
كما صرحوا به في مواضعها واما ثانيا فلان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس
بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب
في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سيأتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم
انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس
ولا التشبيه تدبر قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك
في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله
لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى
اقول فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت
الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ
بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت
حق الفسخ فهو ممنوع الا يرى ان عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول و

مع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عم الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر
فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على
فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك ان يقال لان
البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين
لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه
ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين قوله ولنا انه اشتمل على جهتين
فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية في تقرير
هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن
الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين امكن صح
الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
انتهى اقول فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه
اولى من اهمال احدهما يفيد اولوية اعمال الشبهين والمدعي وجوب اعمالهما كما
ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتأمل فصل
لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق و
صارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة قوله ومن وهب جارية
الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل
فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب
شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة توضيح هذا الدليل ان الاستثناء
لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد
على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لآخر لا يصح فكذا اذا استثنى على ما
مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية

يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى
العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك
في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما
يؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية
دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء
تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم
الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه
ليس بملفوظ انتهى اقول فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على
بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا
على ما صرحوا به قاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من اوصى بجارية
الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا و
لكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد
الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل
اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلنا
كفى لصحة التبري بزية كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول
اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على
عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطولب بالفرق ههنا بين الحمل والصوف
على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل ما على ظهر الغنم من الصوف
او ما في الضرع من اللبن وامر بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب
له ذلك فانه جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في
البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان

اخراج

اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب
بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية
الى المبسوط اقول في كل واحد من وجهي الجواب المذكور نظر اما في وجهه
الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا مملوكا اصلا لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه
وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعها ويدل على صحة الاولين ايضا المسئلتان
الآتيتان ههنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبر ما في
بطنها ثم وهبها لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي
عدم صحة الهبة فيما اذا امره الواهب بقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه
بعد الولادة فلا اذ يمكن له ح ان يقبضه بعد الولادة اصالة بدون النيابة عن
الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض اصحابنا ان امره في الحمل بقبضه
بعد الولادة فقبض يجوز استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب
النهاية في اول الجواب المذكور وقال ولكن الاصح انه لا يجوز في الحمل اصلا لان
ما في البطن ليس بمال الخ ثم اقول على فرض ان يكون الجواب
المذكور بوجهيه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال
قول المص والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله ان
الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر
في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن
من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيهما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق
بين الفصلين من حيثية اخرى وذا لا يجدي شيئا يندفع به مطالبة الفرق بينهما
من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة
فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان

قيل يهب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بان عرضية
الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال مع ان الجنين
لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية اخذا من
النهاية اقول ليس الجواب بسديد اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال
بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال كان في حكم المفرز المقسوم لا في حكم
المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه
لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة
اذ لا شك ان احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك
والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله
فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب
كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كما في هبة الجوالق الذي فيه طعام الواهب
ولكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل
القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لا انه كان مشاعا يحتمل
القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا
يحتمل القسمة ويرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع
يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو
مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في
الصورتين جميعا انتهى قلت مورد اصل السؤال قول المص ومنع هبة المشاع
لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني
دون الاول فلا يتم الجواب تامل تقف ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر
السؤال والجواب المزبورين قال وكان المص لما استشعر هذا السؤال اردفه

بقوله

بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجوالق وفيه
طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه ركاكة
ظاهرة لان الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المسفور لا
يقتضي ارداف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه
الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه قط
قوله او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها
او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا
على طريق اللف والنشر والا لا يصح اعني ان قوله على ان يرد عليه شيئا متصل
بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار
وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا
كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط
العوض في الصدقة لا في الهبة وذلك انما يكون ان لو كان اشتراط التعويض
موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا
منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح
ح صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا انه يلزم
التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى
كلامه وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المواضع اقول
في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى قوله او يعوضه
شيئا منها سيما بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض
الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا
يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو ان يرجع ضمير منها في قوله او يعوضه

وقال ههنا في النهاية ثم انما لا يصح رد بعض الدار الموهوبة عوضا عن كل الدار لما ذكرنا قبل هذا من المبسوط في شرح قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا بان جعل بعض الموهوب عوض كل الموهوب لا يجوز عندنا خلافا لزفر انتهى

شيئا منها الى ما هو غير مذكور ههنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه
شيئا من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة
اللهم في قولهما اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار
الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس عبارة
الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في
هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد عليه ثلثها او ربعها
او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا منها
الى هنا لفظه ولا نشك ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك
المعنى بل تجويز ارادة معنى آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة
الكتاب خطاء ظاهر لكن بقي لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام
الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين
المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال و قوله او يعوضه شيئا
منها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم
قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهو
تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول
ولو اطلع على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد ايضا
بل قصر على شق الثاني لكون ذلك نصا في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان
صاحب العناية كانه اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يتعرض للشق
الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال
ولا يتوهم التكرار في قوله على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه

لا يستلزم

لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها انتهى اقول
فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا
انه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاه الموهوب
له الواهب عوضا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان قوله على ان يرد
عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا
مراد من ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مصروفا
ايضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم او في الصدق
بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية
قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي
ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط العوض
بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب
بشرط ان يعوض شيئا فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم
ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه واقول
التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة
فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها
او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة
فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال
غيروا عبارة الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ
شيئا من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول
ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو
يعقوب باشا
ان المفهوم من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب

يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان
بانه اذا وهب دارا او خمسة دراهم بشرط ان يعوض بيتا معينا منها او درهما
واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون
عوضا وللواهب ان يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا
يظهر ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول كلامه ناش من عدم تحقيق
المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره
نفسه في رد ذلك على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها
هو التعويض بعوض خارجي عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة
ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة
صحيحا والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات
هو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة يصح الهبة ويفسد
الشرط وهذا ايضا امر متور الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة
ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء
منهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما انه مما لا يساعده اللفظ اصلا
في اصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان
تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما
لم اسبق اليه فاشكر الله واتوكل عليه قوله والتعليق بالشروط تختص بالاسقاطات
المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا اشارة الى ان من الاسقاطات
المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها انتهى
اقول في قوله والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا ان
الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكانه

غفل عن قيد المحضة وهذا اعجب منه قوله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله
داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمري قال صاحب العناية في شرح
هذا المقام وعند ابي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى
شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبى مأخوذا من المراقبة وان كان مأخوذا
من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمري انتهى اقول
في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى
عند كون الرقبى مأخوذا من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله
رقبى شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبة داري لك في شيء كما نرى ولا
يتم قوله فصار كالعمري كما لا يخفى قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان
مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة آه قال صاحب العناية يشير
الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها
من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد
وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس بمستحسن الى
هنا كلامه اقول لا شك ان المصنف يشير بقوله المذكور الى ان ابا يوسف
قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر
ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق
الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي
وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع
اتفاقهم انها من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال مع
انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز وانتظار الرجوع باطل كما في العمري
وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخر نا موتا نامة

يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله قيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف اصح اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واذا منع ذلك فلا مجال لان لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرها اياها كما حققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو بعارية عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويبطل الشرط ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل التمليك وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندي فان مت فهي لك وتفسير الرقبى ان يقول هذه الدار لآخرنا موتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قاله صاحب الغاية

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو

الهبة

الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يتعاقبان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة وغيرهما انتهى اقول فيه اختلال لانه ان اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها اذ لا يحتمل عند احد ان يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي او فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى انها ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون اقل الجمع ثلثة واما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون اقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي ان يرتكب ويبنى عليه كلام المقرر الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي ان يقال انما جمعها اشارة الى ان لها انواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطة ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلثة هي التي اشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية

وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب
قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك
المنافع ونحوه لكان اولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة
المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان
يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتأمل انتهى كلامه اقول ليس
هذا ببديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح
ايضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز
وقد افصحوا عن هذا في اول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في
عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لملك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح
مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا
لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب لملك المتعة وما
ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة
المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك
حتى ان صاحب الكنز نفسه ايضا صرح في اول النكاح بانه عقد يرد على تملك
المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان
من اباح شيئا فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت
اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره
الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في اوائل
كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة انتهى
ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى
الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق ثم اقول يمكن

ان يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المقصود قال في اوائل
كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب
لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ
الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في
النكاح اجرا بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وجه الاول بانه مشاكل للاجارة
ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد
الا موقتة فبينهما منافاة فلا يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك
بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح
لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك
المنافع بعوض او بنحو ذلك للنكاح تأمل تقف وقال في غاية البيان وينبغي
ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح
لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بسديد اذ على
تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح
فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار
الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار
رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار
رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم
الاول من تلك الاقسام الثلثة دون القسمين الاخيرين منها فيخرج الاجارات
المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل
قطعا قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر
لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطيت من كراء الاجير كما صرح به قلت قد



بيّنت لك عن قريب انّ الاجارة يجوز ان تكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى كلامه
اقول النظر المزبور ظاهر الورود لانّ المذكور في كتب اللغة انّما هو انّ
الاجارة اسم للاجرة لا معنى آخر وانّما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا
خطر ببالي حتى كتبته في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان اري ما كتبه غيري واما
الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بيّنت لك عن قريب الخ فليس بشيء لانّ مراده
بقوله قد بيّنت لك عن قريب انّ الاجارة يجوز ان تكون مصدرا ما ذكره في صدر
كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان تكون مصدرا منه كما نقول كتب يكتب كتابة
بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه
اجره ولا يذهب عليك انّ ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور
اذ قد تقرر في علم الادب انّ مصدر الثلاثي سماعيّ لا قياس فيه فكون الكتابة مصدرا
من كتب لا يقتضي كون الاجارة ايضا مصدرا من اجر فانّ الكتابة سمعت
مصدرا من كتب واما الاجارة فلم تسمع مصدرا قط والكلام فيما سمع من اهل
اللغة لا في الاحتمال العقلي على انّه لو سلّم مجيء الاجارة في اللغة مصدرا من
اجره اذا اعطاه اجره كمجيء الاجر مصدرا منه لم يستقم الكلام ايضا اذ لا تكون
الاجارة ح ايضا في اللغة بيع المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المص انّ
الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم انّ صاحب العناية قال ههنا بيّن
المفهوم الشرعيّ قبل اللغوي لانّ اللغوي هو الشرعيّ بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها فالشرعيّ اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لانّ كون المفهوم
الشرعيّ اولى بالتقديم بناء على انّه في بيان شرعيتها لو تمّ لاقتضى تقديم المفهوم
الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعيّ موافقا
للمعنى اللغوي او مخالفا له مع انّ داب المصنّفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان

المعنى

المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه
عندي ههنا انّ المص سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا
على المنافع بعوض ولكن طوى القضية فكانّه قال لانّ معنى الاجارة في الشرع
هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى انّ هذا المسلك يقتضي
تقديم مفهومها الشرعيّ بناء على ما اشتهر من تقديم المدّعي على الدليل تدبّر فانّه
وجه حسن قوله الا انّا جوّزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها
الآثار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوّزت على خلاف القياس
بالاثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر انتهى اقول في تقريره
قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوّزت على خلاف القياس بالاثر ومن قوله
فكان استحسانا بالاثر ان ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والا لم يكن فائدة في ذكر
قيد الاثر في الموضعين وليس ذلك بمنحصر في الاثر بل الكتاب ايضا دليل عليها
كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهنّ اجورهنّ وكقوله تعالى حكاية عن شعيب
اريد ان انكحك احدى ابنتيّ هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وكذا اجماع
الامّة ايضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف تقرير المص كما لا يخفى على
الفطن المتامّل قوله وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف
عرقه قال الشراح فانّ الامر باعطاء الاجر دليل على صحة اقول لقائل
ان يقول سياتي في باب الاجارة الفاسدة انّه يجب فيها اجر المثل ولا شك
انّ الواجب الشرعيّ مامور باعطائه من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر
دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الامر في الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف
الى الاجير حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المامور باعطائه
الاجر المسمّى للاجير دون اجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمّى للاجير لا يتصوّر

فان قلت التعريف من قبيل التصورات فلا يقبل الاستدلال
على ما عرف في موضعه فكيف يتصور التسلك ههنا
مسلك الاستدلال قلت الذي لا يقبل الاستدلال هو
نفس التعريف والاستدلال ههنا ليس على ذلك بل على
الحكم الضمني مثل ان يقال لفظ الاجارة يطلق في الشرع
على هذا المعنى او ان يقال هذا التعريف صحيح او ما اشبه
ذلك والاحكام الضمنية في التعريفات تقبل الاستدلال
قطعا وقد صرح به ايضا في موضعه

الا في الاجارة الصحيحة تنبقر قوله وتنعقد ساعة فساعة علي حسب حدوث
المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول
قال بعض الفضلاء لابد ان يتامل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط القبول
بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد
فاي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب
هذا الاستشكال ينكشف جدا بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال و
المراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا علي حسب حدوث المنافع
هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل
ساعة وان كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك ثم قال وفسر بعض مشايخنا
علي وجه آخر فقال اللفظان الصادران منهما مضافين الي محل المنفعة وهو الدار
حقا كلاما وهو عقد بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول
علي الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا لكلاميهما شرعا والعلة الشرعية
مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان تنفك عن معلولها فجاز ان يقال العقد وجد
وانه عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخي الي وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف
العلل العقلية فان الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر الي هنا كلام صاحب
الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام او لم يقنع به وكلاهما مما لا ينبغي
كما لا يخفى ثم ان صاحب العناية جعل قول المص والدار اقيمت مقام المنفعة
الخ جوابا عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة علي حسب
حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستاجر في
الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استاجر شهرا مثلا ليس له ان يمتنع
بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب

بالقبول الزاما للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح العيني
اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين
كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول
لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة علي حسب حدوث المنافع اذ يلزم ح
ان تنعقد في الساعة الاولي وهي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط
احدهما بالآخر وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة
علي حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور علي قولهم
وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المص والدار اقيمت مقام المنفعة الخ جوابا
عن ذلك السؤال بل يحتاج الي جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر ان ليس مراد المص بقوله
المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة
علي اصل ائمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه
قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان
العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل العقد هنا هي المنافع
وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها
مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحا للعقد حتى يرتبط الكلامان
وهما الايجاب والقبول احدهما بالآخر علي وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم
وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا
كالاعيان اي كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا
فانها اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين
وان كان لا يصلح ثمنا لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلثة ثمن محض كالدراهم ومبيع
محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات

اي انعقاده الذي تضمنه قولهم وتنعقد ساعة فساعة باي معني كان مرادا في قولهم المذكور فلا يرد ان يقال يجوز ان يتحقق انعقاده بمعنى ارتباط الايجاب بالقبول ويكون المراد بانعقاده في قولهم وتنعقد ساعة فساعة هو عمل العلة ونفاذها في المحل كما ذكر في غاية البيان اولا تامل جدا

بالقبول

كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين
من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل ويمكن ان يجاب
عنه بان النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز
ان يمثل بمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر
سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا الى هنا كلامه اقول لا النظر
شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المص بالثمن ههنا ما يجب في الذمة وعن
هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض
مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة
ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط
بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية
الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم
بطلان ان تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور
نفسه قال في اول كتاب البيوع وانواع البيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى
مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف
وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا بالعين وفسر الدين
بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة ما لا ثمن فيه اصلا نعم للثمن معنى
آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين
والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك
المعنى ولكنه ليس بمراد المص بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان
فلا يرد النظر المزبور عليه جدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف
ببطلان المثال الذي ذكره المص وحاشاه ثم اقول بقي ههنا شيء وهو

ان قائل

ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المص بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح
اجرة ايضا هو ما يجب في الذمة وان تمثيله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح
على هذا المعنى المراد الا انه لم لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله وما جاز
ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو
العوض المقابل للمبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة
على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المص في تعليل مسئلة القدوري بقوله لان
الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع تحتمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى
ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى
ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن
على المعنى الآخر العام للعين ايضا فان ما لا يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى
العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في البيع اصلا
وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المص لفظ الثمن الواقع في مسئلة
القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لهاتيك المسئلة وما لا يصلح
ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان كما قال الشيخ ابو النصر البغدادي في شرح مختصر
القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره يبين ذلك
ان الاعيان لا تكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب في
هذا اللفظ ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح
ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح اجرة اخفى من كون الاعيان منه وليس
ذلك مما يكون ان يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه
يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت آنفا قوله
لانه عوض مالي اي لان الاجرة على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال

والاعيان مال فصح ان تكون اجرة كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية
بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن
ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود
والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه اقول
ولقائل ان يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة
ايضا مشروطة به لكونها ثمن المنفعة كما صرح به المص في تعليل مسئلة القدوري
فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان يقول
اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في ان يكون احدهما مشروطا بشيء دون
الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المص لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن
المبيع فليتأمل واورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية
بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب
العقار في الذمة كما لا يخفى انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد
الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من انه لو لم تصلح الاعيان
ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال
على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع
عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوه عن الثمن بمعنى
العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون
المعنى الاول كما بيناه من قبل قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد
الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة اخرى واما صاحب
غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية
اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع

بنفس

بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ
وقدره في استيجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في
استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة
في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المص الى ذلك كله حيث قال لانه
اذا بين الثوب والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه
والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد فكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع
السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان
المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا
النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازم
البيان كما اشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن لنسبة صيرورة المنافع
معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه
مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح
وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار
او بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله وربما يقال الاجارة قد
تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا
التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب ان الاجارة عقد على المنافع
بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهل يلزم
منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة
فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة
الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على
المص ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار

وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسّطه
في البين كما ترى وكانّ صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث
اخّر بيان هذا التقسيم المثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض
صاحب الغاية على قول المص كما في اجير الوحد حيث قال ولنا فيه نظر لانّ
اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدّة ولهذا اجعله
صاحب التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب
الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان
اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لانّ اجارة اجير الوحد ليست
بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدّة وان لم يعمل
كما صرّح به قاطبة وسيأتي في الكتاب ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها
بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا لا يتمكن من ايجاب
منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة
الى تلك الجهة وسيظهر كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك
احد نوعي الاستيجار على الاعمال لا يكون حجة على المص ولو مثّل المص ما يكون
عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها دون اجير الوحد لفات التنبيه على انّ
اجارة اجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبّه

صرّح به في الكافي وغيره

باب الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لمّا ذكر انّ صحة الاجارة
موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره و
ما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا التوجيه
جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه
وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد انّ صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة

معلومة

معلومة بيان وقت وجوبها فضلا عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب
على حدة الا يرى انّ معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء
منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت
الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها
بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه
اقول وفيه شيء وهو انّ تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها ايضا
كالهبة فانّ الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مرّ
وكالوصية فانّ الملك هناك ايضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بانّ الاجارة
تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال
لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان
يتعلق به كثير من المسائل حسن افراد باب لبيان وقت استحقاق الاجرة وما يتعلق
به من المسائل قوله الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب
الاداء اما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس
الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلانّ الاجرة لو
كانت عبدا فاعتقه الموجر قبل وجود معان ثلثة لا يعتق فلو كان نفس الوجوب
ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلانه معاوضة فتعتبر المساواة ولم يوجد
في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض
انتهى وقال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها
بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة ما يؤيد هذا فقال يجب
ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رح

الجامع وفي كتاب التحري وذكر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك
بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل
فعامة المشايخ علي ان الصحيح ماذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما
ذكره في الاجارات قول محمد اولا وماذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الي ههنا لفظ
النهاية اقول تائيد ماذكر في الذخيرة كون معني عبارة الكتاب ما
قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد
قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل في
الاجرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيئ قبل ان قال الاجرة لا
تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم
منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم وجوب الاداء بمجرد العقد
عدم تملكها بمجرده الا يري ان الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا خيار ولا يجب
تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتاخر الي حلول الاجل
فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب
العناية قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها
بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع
فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال
معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب
ايفاؤها وقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه
اي صاحب العناية
وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم علي الاخص
اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة و

وادآؤها

نفي

نفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهي كلامه اقول لا
السؤال بشيئ ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما ليس
بمجاز شائع اذا لم تتحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز
شائع وقوعه في كلمات القوم حتي توهم بعضهم انه يجب فيها التحرز عما يورث
خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة علي ارادة الاخص وهي قوله وقال
الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد
يدل علي هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف
متحدا واما الثاني فلانه ان اراد بقوله ونفي الوجوب فيها انه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله و
الصواب ان يقال معناه لا تملك وانه مورد السؤال ذلك وان اراد به انه
جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الي قوله
اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة
كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان ما يثبت في الذمة منها هو
الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع انواع الاجرة ولا يختص بما
هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتي يحتاج الي ان يقال اخرج
الكلام مخرج الغالب علي ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع
فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة
التعجيل يوجد الملك بلا وجوب فتامل قوله وقال الشافعي تملك بنفس
العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت
الحكم فيما يقابله من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل
الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد و

لهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام
لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء
المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث
مولانا السعدي
قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه
انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة
في حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود
اي بعد جعلها موجودة
حقيقة صلاحية للمنع عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه
ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها حقيقة مانعا عنه لزم ان يلغو جعل الشرع اياها
موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا
كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية
على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على استدلال الشافعي كلام
آخر من قبل ائمتنا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا
في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة
اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح واوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب
لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد
العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام المسبب
اصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل
وهلم جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا
يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضروري
اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى اقول في
الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد

فهو ممنوع

فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار
فان الملك فيه يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان اراد
ان افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى
الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح
مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسفور بوجه آخر
مولانا السعدي
حيث قال ان اراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان
اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى اقول ما ذكره في كل
من شقي ترديده ليس بسديد اما الاول فلانه سلم كون افادة الملك من لوازم
الوجود حقيقة مع ان افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم
الوجود حقيقة الا يرى ان المبيع يجب ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان
البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر واما الثاني فلان الوجود
الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والا لم يحصل فائدة
في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم اولا كون افادة
الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه
الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله وكذا اذا شرط التعجيل
او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان
شرط التعجيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله
مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او
من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني مم
فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في
الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة

فما يخالف مقتضي العقد من احدي هاتين الجنبتين يخالف مقتضاه من الجنبة
الاخري فما معني قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل يستلزم تسليم الاول
تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بجنبية كونه معاوضة جنبة
كونه معاوضة تامة مع قطع النظر عن خصوصية فلا يلزم اتحاد الجنبتين قلنا فيلزم
ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة تامة مع
قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفي ان ذلك الاعتبار لا يخطر ببال احد
من المتعاقدين عند شرط التعجيل علي انهما لو صرحا بانهما شرطا التعجيل في عقد
الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله
فان تعجيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية
المعاوضة المساواة وبشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه
يفوت المساواة كما لا يخفي والاولي في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح
تاج الشريعة وهو ان شرط التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضي العقد فان عقد
الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط لمانع وهو وجوب المساواة وهو
حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية
وعورض دليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة
بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء علي قول ابي ح
وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ
صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا
ضرورة في الاجرة فنظهر الانعقاد في حقه ويصح الابراء لوجوده بعد السبب
وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له علي فلان وصحة الرهن لان موجبه
ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل

واشتراطه

واشتراطه فكذا الارتهان به انتهي كلامه اقول هذا كله ماخوذ من النهاية
الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد صحة الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت
ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة
المساواة وعن هذا قال المص والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في
الاجرة فنظهر الانعقاد في حقه علي ان ذلك التعليل لا يتمشي اصلا فيما اذا
كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع علي ما
صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا
فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفي واورد بعض الفضلاء علي قوله فنظهر الانعقاد
بوجه آخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق
الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبين علي انه مخالف لما سبق في كتاب
الاقرار من ان قوله ابرائني اقرار بالمال المدعي فليتامل انتهي كلامه اقول
قد اخذ اصل ايراده من البدائع وانه ساقط اما بيان اخذه من البدائع
فلان صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الابراء عن الاجرة وجهين و
اجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد ان
الابراء لا يصلح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد اصحة تصرفهما ولا
صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضي التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل
لغيره اعتق عبدك عني الف درهم فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط و
اسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل
الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب
انه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا

المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك
تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب
صح

وانما قلت انه مأخوذ من النهاية [illegible]

خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الي هنا لفظ
البدائع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد في
حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعني جواز
الاجارة علي مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولي و
انعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الا تري ان البيع بشرط
الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق
المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع
محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك
المورد في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام
ايضا اذ لا مخالفة بين المقامين اصلا كما يظهر بالتامل الصادق ثم اقول
لو ترك صاحب البدائع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد
بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفي بقوله وهو
العقد لما تمشي الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد اصلا وكفي في
اثبات قول محمد رح وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث
الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بل اكتفيا بان يقال ان الابراء
وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح
كما اكتفي به في بعض الشروح كما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في
(كغاية البيان وغيرها)
جانب الاجرة ايضا وكفي في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه
وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين الي محل المنفعة
وهو الدار مثلا مربوطا احدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة الي اعتبار
انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفا له شرعا

والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز
ان يقال العقد وجد والانعقاد تراخي الي وجود المنافع ساعة فساعة وهذا
هو راي بعض مشايخنا في تفسير قول ائمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة
فساعة علي حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا
الكتاب ونقلناه عنه هناك ثم يجوز ان يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث
المنافع بمعني الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما
ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الكلام في توجيه قول محمد
ههنا هو الطريقة الاخري تامل ترشد **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه
الاجر وان لم يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن
من الاستيفاء حتي انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بان منعه المالك او الاجنبي
او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان تكون الاجارة صحيحة فان
في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد
تمكن الاستيفاء في المدة والثالث ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون
في المكان الذي وقع العقد في حقه حتي اذا استاجر دابة الي الكوفة فسلمها المؤجر
وامسكها المستاجر ببغداد حتي مضت مدة يمكنه المسير فيها الي الكوفة فلا
اجر عليه وان ساقها معه الي الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون
متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استاجر دابة الي الكوفة في هذا اليوم
وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن
من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد لانه انما تمكن بعد مضي
المدة انتهي وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة
بتحرير آخر فان قيل كلام المص ساكت عن اكثر هذه القيود فما وجهه قلت

وجه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم
دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد منه لمنعه عن الاقدام على الانتفاع
وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به و
العرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة
وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكر ذلك
اعتمادا عليهما انتهى كلامه اقول في آخر جوابه خلل اما اولا فلان قوله
وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله
على ان يباشر العقد الصحيح او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد
عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا على ان الاكراه والغصب
مما يمنعان عن الانتفاع فمع ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف
والمعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله
على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف و
على دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله
فاقتصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال و
العرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال
والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع بل يدل على ان الغصب
ايضا من القيود المقتصر عن ذكرها مع ان المص ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى
قوله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها
كما اذا كان المعقود عليه العمل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان
المعقود عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في
بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء

فقط بل لا تصير علة ذلك هي الاعتماد
على الحال والعرف صح

واما ثانيا فلان قوله وعلى
ان الاكراه والغصب مما
يمنعان عن الانتفاع صح

جملة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار
كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة
قبل الفراغ كما سياتي انتهى اقول في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم
جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن
قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن بثمن قيل لهما سلما
معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين
الاخريين يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم
المبيع فمما لم يقل به احد والصواب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال
كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة
المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بينا قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات
الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع
الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط
في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته وقال لو استاجر خياطا يخيط له في بيت
المستاجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل
جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم
في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة
التي تنعقد على العمل ويبقى له اثر في العين لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد
ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل للخياط والقصاغ في بيت صاحب المال حينئذ
يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال على قوله الآخر يجب على الموجر ايفاء الاجر
بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال

وقد وقع التوارد بيني وبين بعض الفضلاء
في عين هذا الكلام في هذا المقام واني كنت
كتبته في مسودتي قبل ان اري ما كتبه وقبل
ان ظهر ما كتبه في الآفاق

اذا جعلت
على المستاجر من اجر الاجير مواجرة
له على فعله اجرة كما ذكر في الجمل والثوب

وذكر الامام قاضي خان ولهذا لو استأجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل
عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا في غيرها ولكن نقل من التجريد ان الحكم
قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المص اتبع صاحب التجريد ابا الفضل
الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عنده الي هنا لفظ النهاية وقال
صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول كلام صاحب الذخيرة علي ما
نقله يدل علي ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حقة معلومة واري
ان ذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء حقة معلومة اذ ليس للكم مثلا او البدن
او الدوامل حقة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحقة معلومة الا بتعيينها
وح يصير كل جزء بمنزلة ثوب علي حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب
اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المص انتهي كلامه اقول ليس ما قاله
بشيء اما اولا فلانا لا نم ان ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من ان
استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حقة معلومة انما يكون اذا عينا
لكل جزء حقة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة
بتوزيع اجرة الكل علي كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه
حقة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره وقوله اذ
ليس للكم او البدن او الدوامل حقة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا
نعم ليس في ذلك حقة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل
منها معلومة بتوزيع اجرة الكل علي الاجزاء كما لا يخفي واما ثانيا فلانه لو كان
مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حقة معلومة ما اذا عينا له حقة
معلومة وصار ح كل جزء بمنزلة ثوب علي حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله
فاستوجب اجره كما في كل الثوب لزم ان لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل

اي المتعاقدان

الخياط

الخياط او القباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب
المال في وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ
وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد علي العمل
ويبقي له اثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان
كانت حقة ما استوفي معلومة الا ان يكون العمل للخياط والقباغ في بيت
صاحب المال فح يجب علي المستأجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفي من المنفعة
اذا كانت له حقة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهي واما ثالثا فلانه لا معني
لقوله ولعل هذا معتمد المص لان ما ذكره المص مخالف قطعا لمنطوق ما في الذخيرة
وهو وجوب ايفاء الاجر علي المستأجر بقدر ما استوفي من المنفعة اذا كان العمل
في بيته وليس بمطابق ايضا لمفهوم قوله اذا كانت له حقة معلومة من الاجر و
هو ان لا يجب عليه اجر اصلا اذا لم تكن لما استوفي من المنفعة حقة معلومة
من الاجر اولا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل
الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ
بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل
الفراغ علي ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته ايضا ولانه
قال لما بينا ومراده به علي ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان البعض غير
منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فاني
يصلح ما في الذخيرة لان يكون معتمد المص في كلامه المذكور ولعمري ان جملة ما ذكره
صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي ان يصار الي مثله في توجيه كلام
المص وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كانه قصد دفع الوجه
الثاني من الوجوه الثلثة التي ذكرناه آنفا لاختلال راي الشارح المزبور ههنا حيث

مولانا السعدي

قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وح يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة
ثم وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستاجر
انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب
الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ
لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا
انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك ان استيجاب
الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل
وقال لا اعطيكه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند ائمتنا الثلثة كما ان للبائع ان يحبس
المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسياتي في الكتاب
الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد
الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري
سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استيجار نحو القصار و
الخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاؤه وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه
كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في البيع بتمام العقد وان كان بقاؤه و
تقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر
ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ
من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من
الوجوه التي اوردناها على راي صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما
اذا عمل في بيت المستاجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من
العمل وعدم تحققه وليس فليس فتامل قوله ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته
قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور قال في العناية

ذكر هذا

ذكر بهذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ
من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون انتهى
اقول فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا ان الاجير المشترك
لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي
ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني
وهو ان الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون ويرشد اليه انه قال لم يستحق الاجر
حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو
كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر باب ما يجوز من
الاجارة وما يكون خلافا فيها قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات
الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة
وما لا يجوز منها انتهى اقول فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز
من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب
الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون
خلافا فيها من المستاجر للموجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية
البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة
ذكر ههنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال
ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شيء
فتامل قوله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل
فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستيجار
يعني ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول زمان العقد
استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل

فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال اكثر الشراح
الى سمته في تصوير هذه المسئلة غير ان صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك المعنى
وصححه قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور
والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل كل شيء لا يوهن
البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري الى هنا كلامه اقول
فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور و
الحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر
للتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور و
الحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها
معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار او حانوت لم يعد للسكنى في
الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر
في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور
والحوانيت مما يعد للسكنى غني عن البيان غير خفي على احد واما ثانيا فلان
قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى تم لانه لو نص
وقت العقد على استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى
مما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر
على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره كما سيأتي في الكتاب
ففيما هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه
لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع
في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى قوله
لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه ورد عليه صاحب الاصلاح

والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لا لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد لانه لا ينتظم قوله وله ان يعمل كل
شيء سوى ما يوهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق
العقد انتهى كلامه اقول ليس شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره
الاول فلان مراد المص وغيره ان العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى و
بعد ذلك يبقى اعمال السكنى على اطلاقها فله ان يعمل كل شيء منها لهذا الاطلاق
سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف
العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان له ان يعمل كل شيء
من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه واصنافه وعدم التفاوت
فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المص وغيره واما شطره الثاني فلانه
لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستاجر الدور والحوانيت
بمطلق العقد بدون المصير الى ان المتعارف فيها هو السكنى لزم ان يستحق
العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به احد بل صرحوا في عامة المعتبرات
بانه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير
بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل و
الانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة
المفضية الى النزاع كما في استيجار الاراضي للزراعة قوله وانه لا يتفاوت
فصح العقد قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى
متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء مولانا السعدي
لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها
لا في بيان من يسكن انتهى اقول لعل لفظ السكان في كلام صاحب

العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى في مساس السؤال بالمقام
ظاهر واما على ما وقع في النسخة المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى
بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت
السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر
تفاوت السكان قصر المسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجه الجواب
ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح
انتهى حيث قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون
تدبر ترشد **وقال** الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت و
هكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا
ان السكنى متعارف الخ **اقول** كلامه ليس بصحيح **اما اولا** فلان صاحب
العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط **واما ثانيا** فلان جعل صاحب
العناية قول المص هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولانه بل
يابابها اذ مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المص هذا دليلا آخر مستقلا و
الذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متممات ما قبله فلم يصح قوله
ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال الخ وان اراد ان المذكور في لفظ العناية
بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك ايضا بل المذكور فيما رايناه
من نسخ العناية عبارة وانه بدون اللام **قوله** لان فيه ضررا ظاهرا لانه
يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة • **اقول** لقائل ان يقول الظاهر من
هذا الكلام ان اعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر
منها يوهنه كالامثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى
لا يتفاوت **ويمكن** ان يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذي

وحاصل ذلك [illegible] تفاوت السكان [illegible] في الدواب [illegible]

يغير

يغير البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق
على حاله فله ان يعمل من ذلك ما شاء فتامل **قوله** ولا يصح العقد حتى
يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة **اقول** لقائل ان يقول في التعليل
شائبة الاستدراك اذ يكفي في تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت
وقوله انها قد تستأجر للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا نفع له في اثباته
فالجواب انه لا بد في صحة عقد استيجار الاراضي للزراعة من امرين احدهما
بيان انه يستأجرها للزراعة لانها قد تستأجر لغيرها ايضا فلا بد من نفي الجهالة و
ثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما
يزرع فيها والمص لما راى اندراج الاول ايضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى
ما يزرع فيها بناء على ان تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة اشار
الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد تستأجر للزراعة
ولغيرها واما الى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل
المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة **وكان** صاحب العناية تفطن
لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها
منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها تستاج
لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه
يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى
قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق •
اقول اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستاجر اما ان يقول
عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فعلى هذا اما ان يقول

علے ان یرکب من اشاء او یقول علي ان یرکب فلان ففي الوجه الاول یفسد
العقد لان الرکوب مما یختلف اختلافا فاحشا فیکون المعقود علیه مجهولا
فان ارکب شخصا ومضت المدة فالقیاس ان یجب علیه اجر المثل لانه استوفي
المعقود علیه بعقد فاسد فلا ینقلب الي الجواز وفي الاستحسان یجب المسمي
وینقلب جائزا لان الفساد کان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فکانها
ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ینعقد ساعة فساعة فکل جزء منه
ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فکذا ههنا وفي الوجه الثاني
یصح العقد ویجب المسمي ویتعین اول من رکب سواء کان المستاجر او غیره
لانه تعین مرادا من الاصل فصار کانه نص علي رکوبه ابتداء وفي الوجه الثالث
لیس له ان یتعداه لانه تعیین مفید لا بد من اعتباره فان تعدي صار ضامنا و
حکم الحمل کحکم الرکوب في جمیع هذه الاوجه کذا قالوا ثم اعلم ان الشراح افترقوا
في تعیین ان المراد بقول القدوري فان اطلق الرکوب جاز له ان یرکب
من شاء اي وجه من هاتیک الاوجه الثلثة فجزم فرقة منهم کتاج الشریعة و
صاحبي الغایة والعنایة بان المراد بذلک هو الوجه الثاني وهو ان یقول
علي ان یرکب من شئت وان المراد بالاطلاق التعمیم بدون التقیید برکوب
شخص بعینه کما جزم به الامام الزاهدي والامام ابو نصر الاقطع في شرحهما
لمختصر القدوري وجوز فرقة اخري منهم کاصحاب النهایة والکفایة ومعراج
الدرایة الحمل علے الوجهین احدهما آخر احوال الوجه الاول وهو انقلاب العقد
الي الجواز بعد ما وقع فاسدا بان یکون معني قوله فان اطلق الرکوب جاز
له ان یرکب من شاء لو ارکب من شاء ینقلب العقد الي الجواز بعد ما وقع فاسدا
وثانیهما الوجه الثاني کما ذکرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان

تعلیل

تعلیل المص هذه المسئلة اعني قوله فان اطلق الرکوب جاز ان یرکب من
شاء بقوله عملا بالاطلاق یقتضي ان یحملها المص علي الوجه الثاني فقط لانه
انما یمشي عند الحمل علے الوجه الثاني لا عند الحمل علي آخر الوجه الاول اذ لا شک
ان علة انقلاب العقد الي الجواز في الوجه الاول انما هي تعین المعقود علیه
نهایة لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب
الکافي معني الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف
حیث قال فان اطلق بان قال علي ان یرکب او یلبس من شاء جاز له
ان یرکب او یلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ انتهی تدبر **قوله** وان
سمي نوعا وقدرا یحمل علے الدابة مثل ان یقول خمسة اقفزة حنطة فله ان
یحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل کالشعیر والسمسم فکلاهما مثال لما هو اقل
في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فکما اذا سمي خمسة اقفزة حنطة بعینها
فحمل خمسة اقفزة حنطة اخري وانما ترک هذا في الکتاب لظهوره قال
صاحب النهایة في شرح قوله کالشعیر والسمسم هذا لف ونشر فان الشعیر
ینصرف الي المثل والسمسم ینصرف الي الاقل اذا کان التقدیر فیهما من حیث الکیل
لا من حیث الوزن انتهی وتبعه الشارح الکاکي کما هو دابه في اکثر الاحوال وقال
صاحب غایة البیان قال بعضهم فیه لف ونشر یرجع قوله کالشعیر الي قوله
مثل الحنطة في الضرر ویرجع قوله والسمسم الي قوله اقل ولیس ذلک بشيء لان
الشعیر لیس مثل الحنطة بل اخف منها ولهذا لو شرط ان یحمل علیها مائة رطل من
الشعیر فحمل علیها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو کان مثلا لها لم
یضمن کما لو شرط ان یحمل علیها حنطة زید فحمل علیها حنطة عمرو وبذلک الکیل
بل قوله کالشعیر والسمسم جمیعا نظیر قوله اقل الي هنا کلامه وقال صاحب العنایة

وذكر في النهاية ان في الكلام تقاوتنرا فان الشعير ينصرف الي المثل و
السمسم ينصرف الي الاقل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه اقول
فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون السمسم مثل
الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل واقل في الضرر
كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن
والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السمسم
والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية
توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية ايضا من حيث
الكيل وهو عجيب من مثله ثم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل
الحنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية
قوله وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطب ضمن نصف قيمتها
قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن
بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء
الا ان قوله ولان الادمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير
الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى اقول ليس الامر كذلك لان
الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الادمي فلم يدخل
تحت قوله ولان الادمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل
ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب
في الادمي لا الثقل هو ان الادمي مخصوص بعلم الفروسية ومن هذا قال شمس
الائمة الحلوائي هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف
صبيا يضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة

الحمل

وليس هو اوضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل رح

[illegible]

مولانا السعدي رحمه

الحمل كذا في التتمة الي هنا لفظ النهاية تامل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الي
تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوي وناهيك
قول شمس الائمة الحلوائي ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما
قال صاحب الكافي ولان الادمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب
الهداية ولان الادمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد
شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا انفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا
ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكانه زعم ان مراد صاحب الكافي انه لا يمكن
ان يوزن الادمي بالقبان اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة
بذاتها شيء لا يمكن ان يوزن اصلا الا ان يكون مجردا او جسما لطيفا قوله
وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق
العقد الخ قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد
بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح
المتعارف او الضرب المتعارف وح يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق
يتناوله وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السوال
والجواب اما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال المراد بالدخول عدم
الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولي ان يقول اي الفعل المتعارف
انتهى اقول كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالدخول
عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من
لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة واما الثاني
فلانه لو قال في تفسير المعهود اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل
المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل

مولانا السعدي رحمه

المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وان اراد
بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف او الضرب المتعارف دون الفعل
المتعارف مطلقا احتاج الي تفسير آخر في تبيين المراد فالاولي ما في العناية
كما لا يخفى قوله ومن الاجارة والاعارة يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود فانه لما جاوز
الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان
الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد
كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب
على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه في
النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد الي
احد هذين او الي من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من
قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه
في النهاية ومعراج الدراية الي الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب
ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة
يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر والسبب
في غاصب الغاصب هو الرد الي من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع
بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قوله وليس كل
ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة
بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن
الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك
ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل

ذلك

ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا
بالرد على احدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز ان تحصل البراءة بسبب آخر
وقصد بعض الفضلاء (مولانا السعدي جلبي) ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال
لا يقال فكيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك
او نائبه لظهور صحته بالنظر الي ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما
فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر انتهى كلامه اقول ليس ذاك
بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه في حيز
الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة
الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو
لا يبرأ عنه الا باحدهما ولم يوجد ههنا شيء منهما فظهور صحة الحصر بالنظر الي ما
نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الي كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب
العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه ان المستأجر فيما نحن
فيه لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد
على احدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب
مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز ان يكون مراده
بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب صح
الدابة وفعل ما فعل لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس
بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر الي ما نحن فيه ايضا فلا
يتم المطلوب فالمخلص في الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر
الاضافي كما نبهنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة
بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع

بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على
المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي
تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب ولكنا نقول رجوعه
بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست
كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من
المنفعة له في النقل فاما يد المستاجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين
المستاجر اذ لو لم يكن له في استمساك العين على ما له من الاجرة انتهى وعلى هذا
المنوال ذكر طعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشراح وعزاه في
الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله و
كذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر
كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد
على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين
من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف
للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه
فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة انتهى اقول
هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للالحاق على
تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك الذي عده مناطا
مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك كان تعدي
المستاجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان
يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحد من الاجارة والعارية
بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر

نفع لما اختار استمساك العين صح

في الطعن

في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية و
سائر الشروح على ما نقلناه آنفا **قوله** كما اذا حمل الحديد وقد شرط له
الحنطة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل
ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى وقال الشارح
العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر
وزن الحنطة المشروطة لا ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة وهذا ظ
انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد
الذي هو قدر وزن الحنطة المشروطة اذا لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذه
الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حمله المستاجر على الدابة وهو
الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وقد كان
فيما نحن فيه ما وضعه المكتري على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين
له في العقد وهو السرج وهذا عكس ذلك لا محالة **باب**
الاجارة الفاسدة تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى
معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يجاوز به المسمى قال جمهور الشراح اي الواجب فيها هو الاقل
من اجر المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب
شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار
واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى
قاضي خان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط
الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة
الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن



المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط اما اذا فسدت لجهالة المسمى اولعدم
التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني و
فتاوى قاضي خان انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب
في الاجارة الفاسدة اجر المثل الخ لفظ القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه
على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد بالشروط كما يفسد
البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين ووقع بينهما
مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط
فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر
ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام
القدوري واما ثانيا فلانه لو كان اللام في القول المذكور للعهد وكان المعنى
ما ذكره لزم ان يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون حكم باقي انواعها و
هي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع
عند ابي حنيفة متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية
ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة واما
ثالثا فلانه ان اندفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره
يرد عليه ان يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من
اجر المثل ومن المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا او حانوتا
سنة بمائة درهم على ان يرمها المستاجر فان الواجب على المستاجر هناك
اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضي خان وغيرها وذكر في النهاية
ايضا نقلا عن فتاوى قاضي خان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتبرات

فينتقض

فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل
من اجر المثل والمسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور
ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق او الجنس وانه لا حاجة الى
تقييد الحكم المذكور بانه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا
باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك
لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى
اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما يتصور فيه فانه اذا لم يكن
هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع
بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز المسمى باجر المثل
فصار ملخص المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون
هناك مسمى معلوم فح لا يجاوز به المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة
الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن هناك مسمى معلوم
ووجوب الاقل من اجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل ان
الشراح جعلوا وجوب الاقل من اجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور
فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز به
المسمى وابقى اوله على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما فعلناه كان حكم
الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات
فتامل وكن الحاكم الفيصل **قوله** ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح
في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا
لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في اول
الشهر فقبل الانعقاد كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب

اذا قلت بهذا ورضا بالاعمى يبرهم ان يقال ان [illegible] لا نقضي [illegible] والموضوع فيه
ان يقال ان [illegible] باجر المثل [illegible] معلوم او لم [illegible]
انه كلام صاحب [illegible] اصل [illegible] عند [illegible] الخ
[illegible]

اقول في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان في اول الشهر
الا ان عقدها قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ
كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا
تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانعقاد
الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم
الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فلو لم
يجز الفسخ قبل اوان الانعقاد ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد
لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا
لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر
اليه مع انه لا شك في جواز ذلك كما مر جوابه قاطبة وسيجئ في الكتاب **قوله**
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح **قال** في المحيط
البرهاني وفي الاصل اذا استاجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان
ابا ح قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن
يوما او يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج
المسئلة بعضهم قالوا اراد بقوله جائز ان الاجارة في الشهر الاول جائزة فاما
فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء
الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة
في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قالوا لا بل الاجارة
جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رح
في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان
كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت الخيار لكل واحد

منها

منها رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول
لنوع ضرورة بيانها ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة عن ملك الموجر
ولا تجعلها ملكا للمستاجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر
لزوال رقبة المستاجر عن ملك الموجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا بيعها ولا
هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان
لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة
جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر **وقال** الا ان المشائخ بعد هذا اختلفوا
في كيفية امكان الفسخ لكل واحد منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر
في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى رأس
الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه
لم يجئ وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل
مضي المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى
الشهر واهل الهلال عمل الفسخ رح عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ
اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول ابو نصر محمد
بن سلام البلخي ونظير هذا ما قاله محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه
بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف
الى ان يزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة
وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال صح بل يتوقف الى ان يصير مال المضاربة
دراهم او دنانير فينفذ الفسخ رح كذا ههنا او يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر
فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا
مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا او يفسخ

الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد
محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو
الساعة التي يهل فيها الهلال فانما اراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة
وهي التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا كما قال محمد رح في كتاب الايمان اذا
حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال
او في يومها لم يحنث استحسانا الي هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا و
نقله صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه **اقول** لقائل ان يقول
الطريق الاول والثاني من الطرق الثلثة المذكورة مما لا يأبى عنه عبارة الائمة
في وضع هذه المسئلة فان محمدا قال في الاصل ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
في رأس الشهر والامام قاضي خان في فتاواه رجل آجر داره او حانوته كل شهر
بدرهم كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمص قال ههنا
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات
ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس
الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذينك الطريقين على ان يثبت لهما خيار الفسخ
في خلال الشهر الاول قبل تمامه **واقول** يمكن ان يقال نفاذ الفسخ
وتاثيره في ذينك الطريقين ايضا عند ان ينقضي الشهر الاول واهل هلال
الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ منهما في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون
تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على ان ظهور اثر ثبوت الخيار
لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما
يمكن في توجيه الطريقين المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ **ثم** ان الامام
الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر

الثاني

الليلة م

قال مح

الثاني والثالث ايضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما خيار
الفسخ راس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من
قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان
التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى **اقول** بل لا معنى لما قاله الزيلعي
لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك
على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي
والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو
موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح المعارضة للدليل القطعي اصلا فضلا
عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد
انما هي الجهالة المفضية الي النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة
المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الي النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العادة في رأس
كل شهر فكيف يقع النزاع **قوله** لان الاوقات كلها في حق الاجارة
على السواء **قال** صاحب العناية في تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح
العيني **اقول** ليس ذلك بسديد **اما اولا** فلان المذكور في مسئلة الكتاب
هو السنة دون الشهور **واما ثانيا** فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم
ايضا منكور مع ان الجواب مختلف **والصواب** في تعليل ذلك ان يقال لان كل
الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان
هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المص بخلاف
الصوم لان الليالي ليس بمحل له فتبصر **قوله** ثم ان كان العقد حين يهل الهلال
قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي لا
يبصر الهلال وقال اراد به اليوم الاول **ورد** عليه صاحب الغاية حيث قال

د يجيء عن قريب انه جاز اخذ اجرة الحمام لتعارف
الناس ولم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين فيما نحن فيه
كذلك وذكروا في مواضع شتى ان القياس يترك بالتعامل
منها الاستصناع كما مر في باب السلم من البيوع و
منها المزارعة على قول الامامين كما بيناه في اوائل
كتاب المزارعة

فسّره بعضهم في شرحه قوله حين يهلّ بقوله اراد به اليوم الاوّل وفيه نظر لانّه ليس
حين يهلّ الهلال بل هو اوّل اللّيلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول
نظره ساقط لانّ صاحب النهاية قد فسّر قوله يهلّ الهلال بقوله اي يبصر الهلال فعلى
مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهلّ الهلال حين يبصر الهلال وهو اوّل
اللّيلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاوّل تفسير معنى قوله
حين يهلّ الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان
ان ليس المراد بقولهم حين يهلّ الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو اوّل
اللّيلة من الشهر لتعسّر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاوّل
من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محمّد برأس الشهر في قوله
لكلّ واحد منهما ان ينقض الاجارة رأس الشهر رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو
الساعة التي يهلّ فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو اللّيلة
التي يهلّ فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور اصلا **قوله** ولانّ
القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ اقول ينتقض هذا بما ذكره المص
في باب الحجّ عن الغير من كتاب الحجّ حيث قال ثمّ ظاهر المذهب ان الحجّ يقع
عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانّه
عليه السّلام قال فيه حجّي عن ابيك واعتمري انتهى فانّ ذلك صريح في وقوع القربة
عن غير العامل فقال صاحب الكافي في تقرير هذا الدّليل ولانّ القربة متى وقعت
يقع ثوابها للفاعل لا لغيره انتهى اقول يخالف هذا ما صرّح به المص وصاحب
الكافي ايضا في اوّل باب الحجّ عن الغير من انّ الاصل انّ الانسان له ان يجعل
ثواب عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السّنّة
والجماعة لما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم انّه ضحّى بكبشين املحين احدهما

عن نفسه

عن نفسه والآخر عن امّته ممّن اقرّ بوحدانيّة الله تعالى وشهد له بالبلاغ فجعل
ثواب تضحية احدى الشاتين لامّته انتهى فليتامّل **قوله** ولانّ التعليم
ممّا لا يقدر المعلّم عليه الّا بمعنى من قبل المتعلّم فيكون ملتزما ما لا يقدر على
تسليمه فلا يصحّ اقول فيه بحث لانّه ان اريد انّ المعلّم لا يستقلّ
في التعليم بشيء اصلا فهو ممنوع فانّ التلقين والالقاء فعل المعلّم وحده لا
مدخل فيه للمتعلّم وانّما وظيفته الاخذ والفهم وان اريد انّ للمتعلّم ايضا مدخلا
في ظهور اثر التعليم وفائدته فانّ المتعلّم ما لم يأخذ ما القاه المعلّم ولم يفهم
ما لقّنه لم يظهر لتعليمه اثر وفائدة فهو مسلّم ولكن الذي يلتزمه المعلّم انّما
هو فعل نفسه ممّا يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من اخذ الاجرة على فعل نفسه
كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعلّم متّحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على
ما ذكر في الكتب فيؤول اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلّم الذي بعض
هو فعل الغير قلت اتّحاد التعليم والتعلّم بالذات امر غير واضح بل غير مسلّم
ولو سلّم كفى التغاير الاعتباري لنا اذ لا نسك في اختلاف التعليم والتعلّم في
كثير من الاحكام فليكن في اخذ الاجرة عليه كذلك فتامّل **قوله** وبعض
مشائخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانّه ظهر التواني
في الامور الدينيّة ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى اقول
فيما ذهب اليه هؤلاء المشائخ اشكال وهو انّ مقتضى الدّليل الثاني والدّليل
الثالث المارّين آنفا ان لا يمكن تحقّق ماهيّة الاجارة وهي تمليك المنافع
بعوض في الاستيجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على
تسليم ما التزمه الموجر من المنفعة فكيف يصحّ استحسان الاستيجار في
جانب القصور وصحّة استحسانه فرع امكان تحقّق ماهيّة الاجارة كما لا يخفى

فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما تسكب فيه العبرات الآن لا نسلم
صحة ذينك الدليلين **قوله** واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة
الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا ه هذا جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله
ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك
وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه
ان يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا كذا في العناية واعترض بعض الفضلاء
على ما في الهداية وعلى ما في العناية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث (مولانا السعدي منه)
فانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم
به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التهايؤ
انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر
عنه ثبوتا وما نحن بصدده منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول
فلانه كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر ههنا من قبل ابي حنيفة ليس بمبني على
ان يكون مدار ما قاله صاحباه على ان التهايؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض
عليه بانهما لم يقولا ان التهايؤ هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك
مبني على ان قولهما او بالتهايؤ في قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ
يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التهايؤ فيرد عليه من قبله
ان يقال ثبوت التهايؤ بل ثبوت القدرة على التهايؤ متأخر عن تحقق العقد
لانه انما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم متقدمة على
العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت المتقدم بثبوت المتأخر
وهذا معنى قول المص ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه اصلا واما الثاني
فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال

من الاثر

من الاثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في
ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ان ثبوت العلم بامكان
التسليم بالتخلية او بالتهايؤ بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم اي القدرة
عليه بالتخلية او بالتهايؤ وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به
ايضا كما اريد هنالك **قوله** وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم
ليس بشرط للبقاء قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق ظاهر الا ان يجعل
تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين
نبوة عن ذلك يعرف بالتأمل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة
سليمة ان مقصود المص من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل ابي ح وهو ان
الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك
ايضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا
لما بعده **قوله** وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
بتفرق الملك فيما بينهما طارئ قال تاج الشريعة فان قلت الشيوع مقارن
لا طارئ فانها عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة فكان الطارئ كالمقارن قلت
بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى
كلامه ورد صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لا نسلم انه طارئ بل هو مقارن
لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها
عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي
يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء
سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول كل من اصل
رده وعلاوته فاسد اما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله

دون وجه او الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من
وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى الجواب ان
لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم
يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من
وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطارى كالمقارن والحاصل
ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطارى والمقارن من الوجه الثاني
دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب
دون وجه ولم يدر ان الجواب ح لا يكون دافعا للسؤال اصلا بل يكون مقويا له
كما يظهر بالتامل الصادق واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع
فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في اضافة
العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع
ارتباط احدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستاجرة على السلامة وانما الذي
يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق المعقود عليه وهو المنفعة لحادثة شيئا
فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة منكشف بما ذكر
ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطارى بان آجر رجل من
رجلين ثم مات احد المستاجرين او بان آجر رجلان من رجل ثم مات احد
الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن ابي
حنيفة رح لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا
في معنى الشيوع المقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان
تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار
هذا المعنى الشيوع طارئ والشيوع الطارئ ليس نظير المقارن كما في الهبة

اذا وهب

اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح
وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة
معلومة قال في النهاية اعلم ان القياس يابى جواز اجارة الظئر لانها ترد على
استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استاجر شاة او بقرة
مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزنا ها استحسانا لقوله تعالى فان
ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا
وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه
الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استاجر صباغا يصبغ له الثوب فانها جائزة و
طريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبغ يدخل فيه تبعا فلم يكن
الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا اخرج الجواب عن فصل
البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا
في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية اقول هذا التحرير ركيك بل مختل لان المشايخ
قد كانوا مختلفين في ان المعقود عليه في استيجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع
وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة
تابعة على ما سياتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني
ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول
الاول فهل ينبغي ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها و
لكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس ما يختص باحد القولين في معنى
هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى
انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان
فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان

[illegible]

تقتضي انتفاء ذلك القياس رأساً لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان
في مقابلة القياس على ما عرف فتأمل تقف قوله لقوله تعالى فان ارضعن لكم
فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى ان يقال يعني
بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق
وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد
بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق يعني
بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى
اقول ليس ذاك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضاً قبل انقضاء العدة
في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المص هناك وهذا في
المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية انتهى فتدبر قوله
والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يرد على اتلاف الاعيان مقصوداً الخ
القول الاول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المص ايضاً كما ترى والقول
الثاني اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتأخرين
ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع
فيه لان اللبن عين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال والاصح
ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على
حسب ما يليق به هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رح فانه قال استحقاق لبن الآدمية
بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز
استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب النهاية من اختيار المص
ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان رأى مثل هذا الدليل الواضح
والرواية المنصوصة عن محمد رح ورد عليه صاحب العناية بعد ان روى تعجبه من ذكر

حيث

حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود
وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه خاص
يتعلق بامور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية
ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس
بواضح ولا نثبت له بما روى ابن سماعة عن محمد رح انه قال استحقاق لبن
الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه
لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بنص الرواية ولئن كان فنحن ما منعنا
ان يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً
او تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه اقول
خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث
كونه مقصوداً لا محالة لانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه
لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون استحقاقه من
حيث كونه مقصوداً الا يرى ان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعاً
مع انه يجوز بيعه قطعاً ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة مزخرفة ذكرها
تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي ورداً على صاحب العناية ما
ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرناها كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب
بلا طائل ولكن لا علينا ان نذكر نبذاً من اولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية
والعناية قلت قول شمس الائمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان تحدث
شيئاً فشيئاً مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع
ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن
الشاة ثم يردها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة

عن محمد رحمه انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب محمد وابي يوسف القاضي
وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه اقول
كل مما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا
فشيئا ان لا يكون لها بقاء اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين
ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع
ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع بعوض
دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر
عند الفقهاء قاطبة وما ذكره من التنظيرات او التشبيهات مما لا يجدي نفعا اما
صورة العارية فلان العين هناك باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس
لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فلان العين فيهما وان كان مملكا للغير
لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لها فيما نحن فيه اذ الكلام
في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لا ان شيئا من العقود لا يرد عليها و
اما ما قاله في الآخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين و
الزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع
كونه شائعا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى
ذلك الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب
العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد ليس بظاهر الرواية انه
ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رح التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون
ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة
فيه الا من الغفول عن اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه نسي ما
قدمت يداه قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة

وهم تابع الشارح وصاحب العناية والعيني م

اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرناه
يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد
المص بقوله ما ذكرنا ما يتم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الخدمة
لان الاعتبار بالاستيجار على الخدمة اي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني
فان العقد في الاستيجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا لا محالة و
في استيجار الظئر يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف
يصح اعتبار احدهما بالآخر فالحق ان مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان
الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات
هذه المسئلة واخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمشى
على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس
فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار
عنده موافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب اللذين
ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من اول المسئلة جوازها حيث
صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب
والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم قوله ومعنى تسمية
الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه قال صاحب النهاية
هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه
اي يسمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم
المسماة انتهى اقول ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ
حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المص بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله
هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره

المقـ فلا اقل من المساواة لانه اذا صير الي حذف المضاف واقامة المضاف
اليه مقامه في ذلک اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان کان تقديره ان يسمي بدل
الطعام دراهم کما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعني الذي ذکره
المقـ وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولکن لا يفهم منه اصلا آخره وهو قوله ثم
يدفع الطعام مکانه کما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لکن لا يفهم منه انه اعطي
بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهی واما المعني
الذي ذکره صاحب النهاية فله اشتراک في الآخر مع المعني الذي ذکره المقـ وفي
اوله تفصيل زائد علي ما في اول المعني الذي ذکره المقـ فان فهم ذلک التفصيل من
المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير کان المعنيان متساويين في انفهام البعض
الاول منهما منه والا کان المعني الذي ذکره صاحب النهاية اکثر بعدا من ذلک
اللفظ من الذي ذکره المقـ فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية
بعد ان نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولکن لو قدر في کلام المقـ لفظة بان
يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الي ذلک انتهی اقول لا يخفي علي من
له دربة باساليب الکلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت کلمة ان يجعل مفعولا بها
رکيک من حيث الاعراب والمعني فعليک بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم
يدفع الطعام مکانه وذکر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث
قال يجوز ان يکون الطعام منصوبا علي نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية
هو التعيين اي عين الطعام بدراهم وتعديته الي دراهم بنفسه باعتبار معناه
الاصلي تامل انتهی کلامه اقول کلا التوجيهين مجروح اما الاول فلانه
قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف الجر مع غير ان وان انما يجوز فيما يسمع نحو استغفر
الله ذنبا اي من ذنب وبغاه الخير اي بغي له واما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا

من ذلک اللفظ وعدم انفهام بعض الاخر منهما منه صح

لم يجز

لم يجز حذف الجار من اياک من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب
ولا تقول اياک الاسد لامتناع تقدير من انتهی وفيما نحن فيه ايضا لم يسمع فلا
يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المقـ وغيره من الثقات
لهذا التوجيه مع ظهوره جدا واما الثاني فلانه اذا کان المراد بالتسمية هو
التعيين لا يصح تعديته الي دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين
معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء کان اللفظ حقيقة في کل واحد من المعنيين
او حقيقة في احدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المشترک ولا الجمع بين الحقيقة
والمجاز عندنا علي ما عرف في علم الاصول قوله ولا يشترط تاجيله لان
اوصافها اثمان قال کثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي
اوصاف الطعام علي تاويل الحنطة انتهی اقول فيه نظر اذ لا شک
ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فکيف يتم تاويل
ذلک بالخاص في مقام الاستدلال علي العام والحق عندي ان مرجع الضمير
هو الطعام بتاويل کونه اجرة في مسئلتنا هذه فالمعني ان هذه الاجرة اوصافها
او اوصاف اثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الکسوة کما سنذکر والعجب
ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المقـ ولا يشترط تاجيله اي
تاجيل الطعام المسمي اجرة سلک في تاويل تانيث ضمير اوصافها مسلک
سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاله قوله فان هذا ايجار
وليس بارضاع في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب
تقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعني انتهی اقول لقائل ان يقول
اذا کان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معني لان يقول في الکتاب في وضع هذه
المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته

وهم صاحب النهاية وصاحب
معراج الدراية وصاحب غاية
البيان وصاحب العناية

بدل وان ارضعته اللهم الا ان يحمل على المشاكلة بملابسة مسئلة استيجار
الظئر التي وضعتها الارضاع نامل فان قيل الظئر هي اجير خاص او اجير مشترك
اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع
الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن
الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة
الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير امين فيما
في يده انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل
عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين
ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى يفسخوا تلك الاجارة
فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر
كاملا على الفريقين انتهى وجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجير وحد
من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا واثمت بما صنعته ولو كانت اجيرا مشتركا
من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فكانت بينهما فقلنا بانها تستحق
الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تاثم لشبهها باجير الوحد بهذا
زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا وقد اقتفى اثره صاحب العناية غير انه
اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر
لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى اقول نظره ساقط
فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها
في المدة وتنويره بقوله الا يرى انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك
العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة
في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص

واما قوله

واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي
لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون هي عين جنس الاجير الخاص
ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر
ذكر المدة بان يقول استاجرتك سنة لترضع ولدي هذا تكون خاصا وان قدم
ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الراعي انتهى اقول
ليس ذلك الجواب بتام اذ يرد عليه ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على البتات
فيما اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا آجرت نفسها من
قوم آخرين لترضع صبيا لهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تاثم كما
نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة
والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا الاشكل
اذا قال اب الصغير للظئر استاجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان
الظئر في هذه الصورة اجير مشترك لان الاب اوقع العقد اولا على العمل انما
يشكل فيما اذا قال لها استاجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها اجير
وحد في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس لاجير الوحد ان يوجر
نفسه من آخر واذا آجر لا يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول والوجه
في ذلك ان اجير الوحد في الارضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء
العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجير وحد من كل
وجه لم تستحق الاجر كاملا على الاول وتاثم بما صنعت ولو كانت اجيرا مشتركا
من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق
الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد انتهى
فقد ظهر ان بمجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجير وحد من كل



وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره
الشراح في الجواب فتبصر قوله وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات
سيما في ديارنا قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل
يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا
يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجيء من المص في اوائل كتاب المزارعة
ما يخالف ما ذكره الشارح حيث الحق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال
يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجيء من المص في
اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف
بعد ان بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي ح رح جائزة
عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة
الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
انتهى ولا يقتضي ذلك ان يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي
ان يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار
ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل ابي ح على فسادها وفي معنى المضاربة من
وجه اي من حيث انها عقد شركة ما بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على
جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استيجار
محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس
ولئن سلم مخالفة ما سيجيء من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير
فيها لان فيما نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف
وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل
كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني واستاذه القاضي الامام ابي علي

النسفي

النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا فما ذكره
صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص
في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني واستاذه فاذا كان
مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها
قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجر لحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا
يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل الخ قال الامام الزيلعي في
شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكال لان
احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء
كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير
شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر بناء في الملك
لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي
سبب تملكه انتهى كلامه اقول كل من اشكاليه ساقط اما الاول فلانه
لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا اسلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في
تعليلها لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون
بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من
الثقات منهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ان ههنا مسئلتين
احدهما ما اذا استاجر رجل ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة
فاسدة وللاجير اجر مثله ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية
ان يستاجره ليحمل نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا اجر له
ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجر ليحمل نصف طعامه
بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير انتهى واما

الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجر في الحال وبين قولهم لا يستحق
الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه ملك الاجر ابتداء بموجب
العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطلان
العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجر بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل
ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين
بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب
النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي
وصدر الاسلام الحميدي حيث قال واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره
ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التمليك
لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لا نصف كر محمول الى بغداد فصار بتسليم
الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل
لانه صار شريكا في الكر قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة
بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستاجر بطلت
الاجارة فكذلك هنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس
الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة
في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء
حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك
يبطل فقولهم ملك الاجر في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون
تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال
بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشتركا بينهما فيفضي الى عدم وجوب الاجر وكل
لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه

مولانا السعدي

قوله

قوله لان ما من جزء بحمله الا وهو عامل لنفسه قال بعض الفضلاء بحيث
فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف عليه
الا ان يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى اقول هذا
البحث غير متمشٍ رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المص لو كان معناه الا وهو
عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره ايضا
فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في توجيه
البحث هنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع
وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا
ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتي تتمة هذا الكلام فيما
بعد ان شاء الله تعالى قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا
عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح اقول لقائل ان يقول
لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة
الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بلا ذكر خلاف هناك فتأمل قوله
لان موجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير الخ قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر
على اصل المدعى فالظاهر ان يقال ولان بالواو انتهى اقول ليس الامر
كما زعمه فان قوله لان موجر الارض الخ دليل على قوله وما هذا حاله يوجب الفساد
لا على اصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما وقع قوله وقيل ان يكربها مرتين فهو
موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة قال الشراح انما
قيد بهذين القيدين اي بالكراب مرة ويكون المدة سنة لانه اذا شرط ان يكربها
مرتين في موضع لا يخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب
مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد

مولانا السعدي

لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب
الارض فيجوز وعبارة العناية والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم
بقاء اثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات
العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ثم بل فيه نفع للمستاجر حيث لا
يتاتي زراعة الآبه انتهى اقول ليس بشيء من شطري كلامه بسديد اما
شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن كانت
مدة الاجارة ثلث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في
هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها
بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب مرة اخرى وحصل المقصود بالعقد
بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت الارض
تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا يتاتي الزراعة هناك الا بالكراب
مرتين حتى يتوهم النفع للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض
الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه
منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال
النفع فيه اصلا للمستاجر لا لان له منفعة فيه ولهذا لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله
ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة
الى هذا اشار محمد رح وهو ما حكي ان ابن سماعة كتب من بلخ الى محمد بن
الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب
محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت
منك زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي
اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان

لكم

لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكر في
عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من
الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل
في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور
في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل
واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما
انعقدا على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك
ابلغ في وجوب التاخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة
وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة
وهي ليست بمحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة
فبالالحاق ثبتت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يصحبه الباء يقام
فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانها
فيه ولزم وجود احدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول
في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام
المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في
الحال معقودا عليه في العقد لا يتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة
بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني
ان هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى
هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام
المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس
المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان

تلك المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة
فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي
بينهما قلت في جعل الحكم الاول مترتبا على الحقيقة والثاني مترتبا على الحكم دون
العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد
حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن
ثم قال صاحب العناية ويجوز ان نسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعي
ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا دون الآخر
اولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود
عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي ردده
ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون
قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه
حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس يأبى جوازها الا انا
جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة
العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات
فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان اراد
بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق
الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام
لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير ان يجعل المعقود
عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا يتحقق المجانسة بين البدلين
كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم
النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباحث

فانه

فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في
مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع اقول هذا في غاية
السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه والذي يحرم
النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه
من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا
كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال
في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس
ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على
المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل
وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا
فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك ان الاحتجاج به غير مخلص الى هنا
كلامه اقول كل من وجهي استشكاله ساقط اما وجه الاول فلان الدليل
المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله ان الدين بالدين
لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين
بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا
تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل في عامة الشروح واما وجه الثاني
فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين
مع ارتباط احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول
عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فمعنى انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة
ان عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا ان نفس العقد يتكرر ساعة

فليتأمل

فائدة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة
واحدة وبهذا كله تم ما تقرر في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان
لم يحصل الانعقاد الآن انه يتحقق بنفس العقد فحين ان يتحقق بنفس العقد وهو آن
صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا
كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها
النسيئة تبصر ترشد **قوله** ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة و
لا حاجة عند اتحاد الجنس قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة
انتهى اقول للخصم ان يقول لا نم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول
مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى
بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف
المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى
السكنى في بلد او في محلة لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في
بلد آخر او في محلة اخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات
هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكانه اشير
اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند
اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول
انتهى تامل تعقب **قوله** وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره
ليضع فيها الطعام قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء
وعندي لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر
خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب
الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره في بيان انه

البلاد بحسب تعدد صح

مولانا السعدي

لاحاجة

١١٥

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ
الالزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما ان يكون مضافا الى مفعوله او الى فاعله
وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها
من قبل الشافعي وهي جواز استيجار الدار المشتركة بين المستاجر وغيره لوضع
الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في
دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف
ما تقرر عندنا وهلا يصير ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود
عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون
وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف
ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في
الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي
ايضا انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح
فقط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة
المذكورة لا تتوقف على تقييد الطعام بذلك بل تحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر
وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي ياتي من
قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل
يتم ويجري على الاطلاق يشهد بذلك كله التامل الصادق **قوله** ولنا انه استاجره
لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع قال في العناية اذ الحمل
يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا
محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى اقول
في الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدي شيئا في دفع

السؤال لان حاصل السؤال ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل
الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه
لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد ان يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو
المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا في دفع ذلك
وانما يكون مفيدا لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر لحمل الكل وليس فليس قوله
ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم قال
صاحب العناية ولقائل ان يقول لا يخلو من انه عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه و
لغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه
لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه
اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة
وهي تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه
فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان قوله وهي تندفع
بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتام لانه انما يندفع بجعله عاملا لنفسه
حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما ان للمستأجر حاجة الى
المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تنقضي حاجته بل انما تنقضي حاجة المستأجر
فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة
كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه اجر لم تندفع الحاجة
التي شرع عقد الاجارة لها فلا يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع
بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده
والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب
نفسه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما

اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال ان لا يحصل مقصوده
في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى قوله
وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن
ايقاعه في الشائع • هذا جواب عن قياس الخصم على استيجار العبد المشترك لكن
في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر في صدر الكتاب
ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا يقبل الشركة
على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه استيجار العبد المشترك هو ملك
نصيب صاحبه وانما يتصور ان يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تمليك
العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير شيء في حل هذا المحل فقال
صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اي منفعة
ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحمل صح ايقاعه في الشائع
كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر
لان قياس الخصم انما هو على استيجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به
في الكتاب لا للانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة اجيرا
مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما تكون
المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد اجيرا وحدا وذاك ليس بمقيس عليه
ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسي كالحمل فينبغي ان لا يصح ايقاعه في الشائع
كالحمل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله بخلاف العبد جواب عن
قياس الخصم على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستأجر للعبد المشترك يملك
منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع بخلاف
الحمل لانه فعل حسي انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه ان كان مدار فرقه على ان

المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسّي كما يومي اليه
اقحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما اوردناه على تقرير
صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسّي
هو عمل الخياطة لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على
تحقق ملك المنفعة في استيجار العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع
كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية
وقوله والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كما في البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق
فيما نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففي كل فرد من افراد الاجارة
يملك المستاجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي ان يجوز ما نحن فيه ايضا
باعتبار ايقاع ملك المنفعة في الشائع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه
لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن
فيه اول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه ايضا
بوجوه منها قياسه على استيجار العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما
على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية
البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا
ليخيط له الثياب يعني ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه
والملك امر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يمكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه
امر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه
موافق لما في العناية ففيه ما فيه فتامل في التوجيه قوله فان زرعها ومضى
الاجل فله المسمى قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها
بعد ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد

الي الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد انتهى
كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان
ما ذكر من انقلاب العقد الي الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان
زرعها قبل نقض القاضي العقد واما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان
بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الي الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا
محالة والصواب ان يقال اذا كان ذلك قبل نقض القاضي العقد او ان
يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض
القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله
فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا قوله وجه الاستحسان
ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية
في حل قوله قبل تمام العقد قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني
اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد تاما بنقض الحاكم مما لا يقبله الفطرة
السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور ان يتم به
وتمام الشيء من آثار بقائه وانقضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل
تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع
المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في
التعليل ولنا ان المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد
انتهى هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل ان ارتفعت الجهالة
بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع
ما يضر بالارض لجواز ان يكون ما زرعها مضرا بالارض فيقع بينهما المنازعة
بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد

تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان المعقود
عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما صونا عن الاضرار باحدهما ولا ينفرد
احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم
بهما ثم الاستعمال تعيين من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله
صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل
اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع
الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند
استيفاء احد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتهى
ما في النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب بحث لان توقع المنازعة
بينهما انما يزول عند استيفاء احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء
ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلا وهذا اما لا سترة
فالكلام الفيصل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال
المستاجر في الارض ورضاؤه بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور رأسا وان
لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها ومضي الاجل
سواء علم رب الارض بذلك ورضي به اولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير
مندفع بالجواب المزبور قطعا

باب ضمان الاجير

لما فرغ من
ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من
جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان
ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة
شرع في بيان ضمان الاجير انتهى وكل من هذين التقريرين جيد واما صاحب
النهاية فقال لما ذكر ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساقت

النوبة الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب
انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان
انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا
يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقولهما
وهي الضمان فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد
للاحكام ولما ذاق بعض الفضلاء بهذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال
مولانا السعدي
اطلاق الاحكام على الضمان انما باعتبار كثرة افراده او المراد وهي الضمان
وجودا وعدما انتهى اقول توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا
وعدما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع ثلثة على القول الصحيح والضمان
باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية
قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه موجر لا مواجر
انتهى اقول فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لا مواجر يرى
مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير ان يكون
اسم الفاعل منه موجرا لا مواجرا يلزم ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى
مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط
لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من
باب آجر يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه
اقول بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون
من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح
الكافية وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم على راي وقال
واما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا

انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم
في انه فعيل بمعنى مفاعل انتهى وهذا الكلّه صريح في خلاف مازعم فكانّه لم يذق
شيئا من العربيّة قوله فالمشترك من لا يستحقّ الاجرة حتّى يعمل كالصبّاغ
والقصّار قال صاحب العناية والسّؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاصّ
دوريّ انتهى يعني انّ السّؤآل عن وجه التقديم متوجّه على تقدير العكس ايضا
اي على تقدير تقديم الخاصّ على المشترك فلا مرجّح سوى الاختيار وقال بعض
الفضلاء يعني لو قدّم الخاصّ لتوجّه السّؤآل عن سبب تقديمه على المشترك
ايضا لانّ لتقديم كلّ منهما على الآخر وجها امّا المشترك فلانّه بمنزلة العامّ بالنسبة
الى الخاصّ مع كثرة مباحثه وامّا الخاصّ فلانّه بمنزلة المفرد من المركّب لكن
تقديم المشترك هنا لانّ الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمّل
فانّ بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لابدّ
منه الى هنا كلامه اقول ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا آلخ ليس
بتامّ امّا اوّلا فلانّ معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا
كما اشار اليه نفسه ايضا فيما قبل بقوله او المراد وهو الضمان وجودا وعدما
الآي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا
يصحّ عنوان الباب على قول ابي حنيفة اصلا اذ لا ضمان عنده على احد من الاجير
المشترك والاجير الخاصّ وانّ لا يصحّ ذلك عندهما ايضا الّا في بعض صور
من مسائل الاجير المشترك وحين كما ستحيط به خبرا وهذا ممّا لا ينبغي ان يرتكب
فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعمّ اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى
الى المشترك والخاصّ على السّواء فلم يتمّ قوله وذلك في المشترك وامّا ثانيا
فلانّ الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه يرجّح اختيار احد

الطرفين

الطرفين بل لم يتصوّر هناك ذلك وانّما يكون مرجّح احد الطرفين هناك
نفس الاختيار لا غير كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرّر في
العلوم العقليّة انّ ترجيح احد المتساويين بالاختيار جائز وانّما المحال ترجّح
احدهما من غير مرجّح فظهر انّ قوله فانّ بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم
المشترك ممّا لا يضرّ بتمام ما ذكره وقوله وكان لابدّ منه ممّا لا صحّة له نعم يمكن
منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنّه امر آخر مغاير لما قاله فتدبّر وقال
صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحقّ
الاجرة حتّى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدّور لانّ هذا حكم لا يعرفه الّا من يعرف
الاجير المشترك ثمّ لو كان عارفا بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف و
لو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانّه يحتاج الى السّؤال
عمّن لا يستحقّ الاجرة حتّى يعمل بمن هو فلابدّ للمعرّف ان يقول هو الاجير المشترك
وهو عين الدّور قلت نعم كذلك الّا انّ هذا تعريف للخفيّ بما هو اشهر منه في فهوم
المتعلّمين او هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره لانّه ذكر قبل هذا استحقاق
الاجير بالعمل بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحقّ فصار
كانّه قال وما عرفته انّ الاجير الّذي يستحقّ الاجر باستيفاء المعقود عليه
فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه اقول في الجواب خلل امّا اوّلا فلانّ
قوله في اوّل الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدّور وما يستلزم الدّور يتعيّن
فساده ولا يمكن اصلاحه فما معنى قوله بعد ذلك الّا انّ هذا التعريف للخفيّ الخ
وامّا ثانيا فلانّ كون الاجير المشترك خفيّا وما ذكر في التعريف اشهر منه ممنوع
كيف ولو كان كذلك لما صحّ الجواب اذا سئل عمّن لا يستحقّ الاجرة حتّى يعمل
بمن هو بانّه هو الاجير المشترك وامّا ثالثا فلانّ المذكور في باب الاجر

متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل
هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا ههنا سبب
استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل
من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا
بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط
التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء
المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف
الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه قال وما عرفت ان الاجير الذي يستحق
الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية
ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال
قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف
دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة
المعرَّف موقوفة على معرفة المعرَّف وهو الدور واجيب بانه قد علم مما سبق
في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف
معرفته على معرفة المعرف انتهى اقول اصلح الجواب في الجملة كما ترى ولكن
فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله
او باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر آنفا
من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك
وان اراد به ما ذكر هناك بقوله وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى
يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء
يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك

حكم

حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى
يعمل حتى يصلح تعريفا لمطلق الاجير المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وانت
مولانا السعدي
خبير بان قول المص لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع هذا السؤال
عبارة المص اذا كان هو العمل او اثره وغيرهما ذلك البعض الى ما ذكر
فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل او اثره فلا يلزم
الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف
الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدوري وذكره في
مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمص ايضا
ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال
المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته
وزيادة المص شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل
ولادة المص سنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل به معرفته فاما ان يحتاج
معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرَّف فيلزم الدور او لا يحتاج اليها
بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه
فلا يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا
كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء وظاهر قوله
فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له
الاجر او شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كان يقال لا يستحق الاجر بالنظر
الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى اقول انما يتوهم الانتقاض
بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا
يستحق الاجرة قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون
العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما

سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه العمل اصلا
لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستاجر و
كان الامام الزيلعي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز و
لا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر
ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف
بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز ان
يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل
على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال
انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان
يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكانه قال
من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيد
قوله فمن هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء (مولانا السعدي) وعندي انه يمنع
قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو ان بعض
الاجرا لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما
تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله يبطل المساواة هذا هو مراد المص
الا ان المص فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة
فليتامل الى هنا كلامه اقول مدار استخراج ذلك البعض ورايه في هذا المقام
على ان يكون عبارة المص ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره فكان له
ان يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل
او اثره كان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان له ان يعمل للعامة ليس بكلام
مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل

غير

غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت
عبارة المص ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل او
اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره لما صح تفريع المص قوله
فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره
ذلك القائل ان تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا
ريب ان هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا
كان الاجير خاصا ايضا فلو صح تفريع قوله فكان له ان يعمل للعامة على ذلك التعليل
لزم جواز ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا قوله قلنا ان
الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة
الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد
ماذونا فيه اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره
المص قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب
من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلث الباقية منها اذ قد مر في
اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ
فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في
الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله اثر في
العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل
فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين كعمل
الصباغ والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه
في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع
الثاني نفس العمل لا غير ولا شك ان ما تلك الصور الثلث فيما نحن فيه من مسائل

الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في العين فكيف يتصور ان
يكون عمله وسيلة الى الاثر وكيف يصح ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه
حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل
بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر ايضا في الباب المزبور
انه اذا اشترط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود
عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا اطلق
العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل خاصا والمدعى
عاما والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل
تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت
ضمنا للعقد والعقد انعقد على السليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة
المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل
السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف
نوعا من الدق فجاء بنوع آخر انتهى **قوله** بخلاف العين لانه متبرع فلا يمكن
تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده
قال صاحب العناية ولملتزم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل
به المضرة لغير من تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم
يدار على دليله وان كانت الحكمة اخص كما ستسمع نظيره في الايمان فقوله لانه
يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى اقول هذا لا يجدي شيئا
لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول
المضرة به لغير من تبرع له بل اراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام
جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون

الحكمة

الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع
بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على
دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة عدم التضمين بل كان الظاهر هو التضمين كما
لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي
لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول ههنا ايضا كون
التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن
ضرر الغير من تبرع له الا يرى انه اذا اخذ احد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق
الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر
بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه هذا جواب عما عسى ان يقال انقطاع
الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه من قلة
اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل
على هذا ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة رحمه الله
وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز ان
يقال هناك ايضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز
عنه فكان من صنيعه فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير
هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له واما ههنا
فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم **قوله** لان
الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية قال في الكفاية
لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما
يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه

كيف يكون كلاماً فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا
بهذه ضمان المتاع الهالك بجمله عند ائمتنا الثلثة ولولا التعدي لما ضمن عند ابي
حنيفة فان الاصل عنده ان المتاع امانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئاً
كما مر ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل ائمتنا هو مخالفة
الاجير لاذن المستأجر حيث اتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل
المصلح وسيجيء من المص التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن
فيه في الاحكام قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان. لانه ذكر في مسئلة
القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان و
ذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره
يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكوراً في الاخرى كذا في النهاية ومعراج
الدراية واحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانها قال فيها لان رواية
المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن
ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية
الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد
بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى
اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما
يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع
المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون
الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول
في بيانه خلل فانه جعل الهلاك ايضاً من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير
وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المص بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع

بيان

بيان ان في كل واحد منهما نوعاً من البيان مخصوصاً به والهلاك مذكور في
كل واحد منهما غير مخصوص باحدهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب
من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك
بل ما في مختصر القدوري اصرح في ذلك مما في الجامع الصغير فان اهل اللغة
فسروا عطب بهلك ونفق بمات قوله والاجير الخاص الذي يستحق
الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد
على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا انتهى اقول لا يذهب
على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك
بانه تعريف دوري لا يمشي ههنا يظهر ذلك بادنى توجه وتدبر فكان صاحب
النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى
ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره ايضاً ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير
المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى
قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يصار الى حذف المضاف
فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة قوله لان تضمين الاجير
المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس. فانه يتقبل اعمالاً
كثيرة رغباً في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر
في حفظها ولا يأخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية اخذاً من الكافي قال
بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين
في الكتاب وما ذكر ههنا يدل على ان ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى
اقول هذا البحث ساقط جداً اذ الظاهر ان ما ذكر ههنا حكمة لحكمهما بضمان
الاجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمهما بذلك

فلا تنافي بينهما اصلا على انه لو كان ما ذكرهنا ايضا دليلا لاحكمة لم يلزم محذور
قطّ اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكر فيما مرّ ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا
وذاك معا دليلا على الحكم **باب الاجارة على احد الشرطين** لما فرغ
من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين
لانّ الواحد قبل الاثنين **قوله** بمنزلة انه لا بدّ من اشتراط الخيار في البيع وفي
الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة
الّا باثبات الخيار واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال اقول
الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا وامّا الجهالة التي في طرف العين
المستأجرة في نحو قولك آجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار بعشرة
فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذ المستأجر يريد هذا
والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين
انتهى كلامه واجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذكر ذلك الاشكال في صورة
ان يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال انّ الثمن يجب في باب
البيع بمجرّد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الّا
باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا تجب بمجرّد العقد بل بالعمل وعند
وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول
ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال
المزبور انّما يتجه بعد ذلك فانّ الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي الى
النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استيجار
الدار انّما يتصوّر بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسلمها وعند النزاع
لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بانّ الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتأمل

في دفع

في دفع اصل الاشكال **قوله** وقال زفر الشرطان فاسدان لانّ الخياطة شيء
واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لانّ ذكر اليوم
للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر
اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانّه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم
بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا
وذكر الغد للترفيه لانّه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف
درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في
كل يوم تسميتان امّا في اليوم فلانّ ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف
الى غد ثابتا اليوم مع عقد اليوم وامّا في الغد فلانّ العقد المنعقد في اليوم باق
لانّ ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما
تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانّه قال
خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى
النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذلك البيان
والجواب انّ الجهالة تزول بوقوع العمل فانّ به يتعيّن الاجر للزومه عند
العمل كما تقدّم انتهى اقول فيه نظر لانّ زوال الجهالة بوقوع العمل انّما
يتصوّر اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في
كل يوم كما تبيّن من قبل ثم لا تزول الجهالة قطعا لانّ العمل المشروط امر
واحد ففي اي يوم يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه
في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم
من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرّض المصنّف للجواب عنه صريحا **قوله**
ولهما انّ ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان

[illegible]

قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين
جعلا اليوم في مسئلة ان يستاجر ليخبز له اليوم كذا ابكذا للتعجيل بهرباعن
بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى اقول
هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم ههنا على التوقيت لكون
التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي
والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة
الى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن وانما
امكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على اصلهما ولقد افصح
عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز
المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ههنا قلت هناك حملا على المجاز تصحيحا للعقد
وههنا حملا على الحقيقة للتصحيح ايضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد
العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه
قوله ولا يصح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة مراده بالتعليق الاضافة اي للاضافة
حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل
فتكون مرادة كذا راى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ
ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق ههنا بالاضافة ويجوز
ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى ان النصف في الغد ليس بتسمية
جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الآخر بالتاخير فيكون معناه
ذكر الغد لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير الى ههنا كلامه اقول فيه بحث
اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط
النصف الآخر بالتاخير لما صح قول ابي حنيفة يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم

فيصح

فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية
واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتاخير فتجويز ذلك
المعنى ههنا افسد دليل ابي حنيفة بل لمدعاه ايضا فكانه انما اغتر بما ذكره
صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المص وذكر الغد للتعليق اثناء تقرير
دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال او
نقول المراد به تعليق حط النصف بالتاخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة
انتهى ولكن لا يخفى على ان تجويز ذلك المعنى اثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم النقض صح
محذورا يستلزمه تجويزه اثناء تقرير دليل ابي حنيفة فانهما يقولان لا يجتمع في كل
يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة كما عرفت قوله
ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا
اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد
وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعمل
وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل
على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز
الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا بمسئلة الراعي
فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت
على غير معناه الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا ان وقع ذكر العمل
اولا واجير وحد ان وقع ذكر المدة اولا صرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في
الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل
على قول ابي حنيفة فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة
المخاتيم جعل ذكر اليوم للتوقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب

ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام
الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى
المجاز بهذا الدليل ولم يقم مثل هذا الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا فيفسد العقد
انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالا وجوابا فلخصهما صاحب العناية
فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد
على تقدير التعجيل فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال
في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه
فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب
المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي
ما قال فيه وقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال
محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله
اجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي
وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد
فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ المحيط فان
ابا حنيفة لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما افسده في حالة
الافراد مع انه لم يقم فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك
ان قوله وان خطته غدا فلا اجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادة ما كان
ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك
اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفى الاجر بالكلية في الغد واذا كان التوقيت
مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة الخ ثم يتم
جدا على قول ابي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء

بوجه

بوجه آخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه
اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويجوز ان يقال الدليل عليه
صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتاقيت
وقال وفيه تأمل انتهى اقول لا يتوجه هذا الاستشكال راسا اذ لا نم
ان ابا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه على
اصله هناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد
واني تتبعت عامة المعتبرات ولم اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد
في الصورة المزبورة عند ابي حنيفة بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم
صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرحه لمختصر
القدوري نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم
لم يصح لجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من
الشروح في اثناء بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصددها توضيحا
لقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال
خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر
فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر انما ينهض
حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على ابي حنيفة رحمه الله
فتدبر قوله ومن الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم
لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة
الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان
اصلا بل يجب اجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا

لمنع النقصان وهذا ايضا خالفنا لما تقرر **قوله** اما في هذه المسائل يجب الاجر
بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما **قال** صاحب
التسهيل يرد على اصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر
يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة ثمة عندهما مع انه
جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه **اقول** يمكن ان يجاب
عنه بان الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا انه
لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة
في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر و
امسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر
عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسئلة
التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين
بخلاف ما نحن فيه على اصلهما **قوله** ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب
اقل الاجرين للتيقن به • يعني ولو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم
بان يسلم العين المستاجرة الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب
اقل الاجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به **اقول** لقائل ان يقول
لو جاز الاخذ بالاقل في رفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه
متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين او لمنفعة معينة اجرين متغايرين
على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن
في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم ووجب اقل الاجرين اللذين سماهما
ولم يقل به احد فتامل في الدفع **باب اجارة العبد** قال
صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام

تتعلق

تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك
انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه **وقال** صاحب غاية
البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة وبالرقيق مسائل
خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس مقدم على
النوع وقال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان
العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب
الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر
هنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم
الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة و
غيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا
ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان
مراد المصنف هذا لم يبدا اول الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف
اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة
كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الا تنويع المسائل
الى هنا كلامه **اقول** في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس
مقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثير من
الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع لا عامة للجنس الا يرى ان مسائل باب
الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب
الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك
من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تاخير مسائل هذا الباب
عما ذكر في اوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها

من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب واما ما اورده
على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض
الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد اي نفسه وقال واجارة الغير
اياه ذكرت استطرادا وقد تقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في
باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه
اقول فيه خلل اما اولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهي كراء
الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع مجيء هذه الكلمة مصدرا
قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار او المؤاجرة فلم
يتصور ان يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف
الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه واما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب
خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلث منها متعلقات
بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على اقل ما ذكر في الباب وجعل اكثر ما
ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما
لا يقبله فطرة سليمة ثم اقول في دفع ما اورده صاحب الغاية من
النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له اثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف
في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل
من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي
اختاره وبالرق يثبت مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب
ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لانحطاط
درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه اخر الاحكام التي تتعلق
بالعبد عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا

(margin: مولانا السعدي منه)

(margin: فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له اثر صح)

شاملا

شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب باسرها فلم يتم قول صاحب الغاية
ولكن لو كان مراد المص بهذا لم يبدا اول الباب باستيجار العبد الخ اذ مداره
على ان لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله
ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة
الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان
العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان
العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا
الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدا بها اول الباب فلا محذور ولا
استطراد في شيء تامل ترشد قوله ومن استاجر عبدا للخدمة فليس
له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على
زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق فان قيل ان المستاجر في ملك منافعه ينزل
منزلة المولى في منافع عبده فلماذا لا يكون للمستاجر ان يسافر باجيره
قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر لا يملك رقبة اجيره
كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب بمن ادعى دارا وصالحه
المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر و
ان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآجر
بعد انتهاء العقد لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر
فالمستاجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم الموجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما
تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي
بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية اخذا من
النهاية اقول لقائل ان يقول يلزم من هذا الجواب ان يقدر المستاجر

(margin: الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة صح)

(margin: وللمولى ان يسافر بعبده صح)

علي ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان حاصل هذا
الجواب انه ان سافر المستاجر بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر
علي الموجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك
الضرر يندفع بالتزام المستاجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات
الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتامل وطعن صاحب
العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع
لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهي قوله والمستاجر لا يملك
رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب ان
يقال لانا ان المستاجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة علي
الاطلاق زمانا ومكانا وليس المستاجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري
يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لا يتقيد به المولى والوف يوجبه
او دفع ضرر المؤنة علي ما ذكرنا يوجبه انتهى كلامه اقول فيما
استصوبه نظر لانه ينتقض بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا
لا يملك منافع العبد علي الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما يملكها بعقد
ضروري هو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر
فيحتاج الى الفرق قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا
تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب قال بعض الفضلاء
الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهر انتهى اقول الفرق بينهما ان
الاول علي ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راسا بناء علي
انصراف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار
الثاني علي ان كل واحدة من خدمتي السفر والحضر وان كانتا داخلتين

وتوعاج

مولانا السعد ... مدارج

تحت

تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال العاقد و
مكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما في الركوب فانه اذا
اطلق الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو فبعد ذلك
ليس له ان يغير من ركبه اولا لتعينه الركوب فكذا ههنا ويرشد الى
ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط
والذخيرة في تعليل هذه المسئلة علي ما ذكره صاحب النهاية حيث قال
لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب
العبد انه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما
تربو ذلك علي الاجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة
الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى قوله ومن استاجر عبدا محجورا
عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر قال
صاحب الكافي في تقرير هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه
شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد علي ما ذكره المص قوله فعمل واقتفى
اثره صاحب العناية اقول فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما
اذا استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر
وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير بصير بذكر الوقت اجيرا
خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق
الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي
الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم
العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر
الا انه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا علي ظهور كونه

مراداً فان قلت من زاد فيه فعمل اراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى
له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم
النفس في الاجير المشترك مطلقاً وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير
الخاص الذي يسلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف
ان تركه اولى من ذكره كما صنع المص **قوله** لان الشهر المذكور اولاً ينصرف
الى ما يلي العقد تحرياً للجواز او نظراً الى تنجز الحاجة **قال** تاج الشريعة
فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرف بقوله بهذين
قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض
لقوله بهذين بل في كل واحد منهما استأجر عبداً شهرين شهراً باربعة و
شهراً بخمسة ويحتمل ان يحمل قوله بهذين على ما اذا قال الموجر آجرت
منك هذا العبد شهرين شهراً باربعة وشهراً بخمسة فقال المستأجر
استأجرتك منك هذا العبد بهذين الشهرين فينصرف قوله بهذين الشهرين
الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير
فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لاثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب
الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال • ولكن بنوع تغيير تحرير في اوائل
المقال • وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكراً
مجهولاً والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان المذكور في الكتاب
قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان
الموجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهراً باربعة وشهراً بخمسة فقال
المستأجر استأجرته بهذين الشهرين شهراً باربعة وشهراً بخمسة
انتهى كلامه **اقول** لا الشبهة شيء ولا الجواب اما الشبهة فلان

التعليل

التعليل المذكور يستقيم ويتم بتنكير شهراً في شهر باربعة وشهر بخمسة
ولا يتوقف على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير
المتعين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان
يتعين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة لاحتمال ان يكون الامر بالعكس
بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج الى الاستدلال على كون الاول
منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المص فلا غبار
عليه اصلاً **واما الجواب** فلانه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر
لما صح تنكير عبداً في قوله ومن استأجر عبداً بهذين الشهرين بل كان
هو احق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم ان الذي استأجره
هو العبد الذي آجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستأجر للعهد
انما يتصور فيما اذا كان كلام الموجر مقدماً على كلام المستأجر في العقد وليس
ذلك بلازم فان ايا من المتعاقدين تكلم اولاً يصير كلامه ايجاباً فاذا
قبل الآخر لزم العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي
تعريف الشهرين في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة
الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه **ثم اقول** لعل المصنف انما
عرّف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفاً لما وقع في عامة الكتب
من تنكير ذلك اشعاراً بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين
بل تنكير ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهراً في شهراً باربعة وشهراً
بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفاً **وقال** بعض الفضلاء مولانا السعدي يجوز ان يكون
وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر
المص معرفاً نظراً الى تعينه المآلي حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله

هذين الشهرين من كلام المستاجر بل هو لفظ المص انتهى اقول ليس
هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك ان قوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة
من كلام المستاجر وانه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين
من كلام المستاجر بل كان من لفظ المص لزم ان يكون المجمل لفظ المص والمفصل
لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل ثم اقول بقي ههنا كلام وهو
ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة ان يكون الاجير عبدا
بل هو متمش في صورة ان كان حرا ايضا لعين الدليل المذكور في
الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب
ان يذكر فيه ماله اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة
في الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير
عبدا اكثر من كونه حرا فبني الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظ
ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة للانفاق بنفسه
وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر سائر مسائل الاجير
ايضا في هذا الباب **باب الاختلاف في الاجارة**
لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا
الباب احكام اختلافهما وهو النزع اذ الاختلاف انما يكون بعارض
قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار
الخ يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع
الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء كذا في الشروح و
اعترض بان المتعاقدين كان هناك متفقين على ان المامور به خياطة
القميص والاجير خالف قباء وههنا قد اختلفا في اصل المامور به فعند اختلاف

المسئلتين

المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب بانه اختلف صورتا المسئلتين
ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد حلف صاحب الثوب
ولما حلف كان القول قوله فلم يبق لخلاف الآخر اعتبار فكانتا في
الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد انتهى ...
بعض الفضلاء ان يجيب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك
ان تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا
مع ان التشبيه غير القياس انتهى اقول ليس ذلك بسديد اما اولا
فلانهما اذا اتفقا على مخالفة المامور به كان التعدي متقررا عندهما فيجب
الضمان قطعا واما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير ففي وجوب
الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح ان يقال اذا كان الحكم ذلك اي
الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا واما ثانيا فلان مورد
الاعتراض هو قول المص ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد
في الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع ان التشبيه غير القياس فهلا هو لغو
ههنا **قوله** والجواب عن استحسانهما ان الظ للدفع والحاجة الى
الاستحقاق يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر
انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق مولانا السعدي ...
بين الظاهر والاستصحاب فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الآحاد
انتهى اقول المراد بالظاهر ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر ههنا صح
حجة للاستحقاق ممنوع واما اخبار الآحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة
اللفظية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف
في الاصول **باب فسخ الاجارة** ذكر باب الفسخ آخرا لان فسخ العقد

بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا **قوله** اذا مات احد المتعاقدين
وعقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او
الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا
يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة
فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملك
المورث الى الوارث انتهى كلامه **اقول** فيه بحث وهو انه قد مر في
اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط
التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال
في الصورتين الاوليين فيما اذا مات الموجر لم يلزم القول بانتقال
ما لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة
في حال حيوته بتعجيل الاجرة او بشرط تعجيلها فالتعليل الذي ذكره
صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق الاجرة والاظهر
في تعليل هذه المسئلة ان يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت
كل واحد من الموجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير
من الشروح سيما في النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا
طريقان احدهما في موت الموجر فنقول المستحق بالعقد المنافع
التي تحدث على ملك الموجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة
لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة
تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد في حق المعقود
عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك

الغير

الغير والطريق الآخر في موت المستاجر انه لو بقي العقد بعد موته انما
يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا يرى ان
المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا ان المستعير
مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى
وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث
فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حيوة المستاجر لا تبقى
لتورث والتي تحدث بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها
فالملك لا يسبق الوجود واذا انتفى الارث تعين بطلان
العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا
في المبسوط الى هنا لفظ النهاية **قوله** وقال الشافعي لا يصح لان
المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بحاله لو كان الخيار له لفوات
بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع
الخيار **اقول** في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم
ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على
صبغ ثوب او خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار
دار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يمشي في النوع الاول
اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بحاله وعدم امكان تسليمه
ايضا على الكمال انما ينشأ من ان يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة
الخيار كما نبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف
شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يمشي في بعض النوع
الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية

من ح

كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها وانما يتمشى
ذلك فيما يتعين المعقود عليه بالمدة من النوع الثاني كاستيجار
دار للسكنى فكان الدليل المذكور قاصرا عن افادة ما ادعاه الشافعي من
عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليتأمل قوله ولنا
ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليه فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فتنفسخ به الخ قال ابن العز القول بفسخ الاجارة بالاعذار
وموت احد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بمجرد
الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار
تحدث في عقود الاجارات وقد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء
المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل
الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد
نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر
وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقلع ضرسه فبرا او
انقلع قبل قلعه او اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت او ذهبت فلا قياس
عليه ما هو دونه الى هنا كلامه اقول نظره ساقط جدا اذ لا يلزم
من ان لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة
بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية
الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيكفي تحقق ذلك في اثبات حكم شرعي
وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المص بقوله فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعهما
وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد

وانما لا يجوز

وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لورود نص يدل على خلاف ذلك او
او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهما فيما نحن فيه وكون عقد
الاجارة عقدا لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات
مما لا يقدح اصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار
وكذا مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس
عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به في ترويج نظره
هنا اضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما اعترف
به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر ايضا نص ولم
ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك
ايضا هو القياس مسائل منثورة اي مسائل نثرت عن
اماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات قوله واذا اقعد الخياط
او الصباغ في حانوته من يطرح عليه بالنصف فهو جائز صورة المسئلة
اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور عند الناس
وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل
من الناس ويعمل ذلك الرجل على ان ما اصاب من شيء فهو بينهما نصفان
وهذا في القياس فاسد لان رأس مال صاحب الدكان المنفعة و
المنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب
الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت
نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل
فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول
والطحاوي اخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي اولى

من الاستحسان وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل
بابدانهما سواء فيصير راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكل
واحد منهما يجب به الاجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب
العناية وجه الاستحسان ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع
وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما
يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب
القول بجوازها للتعامل بها انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله
واحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعين احدهما
لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتها
ففي العبارة مسامحة انتهى اقول منشاء توهم جعل الواو في قول
صاحب العناية واحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان
تعين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس بشيء من ذلك بمراد بل
الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما حال
كون احدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون
الضمان عليهما حال ان يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب
العناية ههنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان يكون
ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لوجاهته
والآخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور في عبارة صاحب العناية
ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك
العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير
شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول

من الناس

من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف وجب القول بصحته انتهى
قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح
الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بحذاقته يعمل وفيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان
يشتريا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان
تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه اقول
ليس مراد المص بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو
المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده بها ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة
يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يمنع
كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال
صدر الشريعة في شرح الوقاية ففي الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر
لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان
احدهما تقبل العمل بوجاهته الى ههنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره
مولانا السعدي
صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى
اقول ان قول المص في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل
هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة
لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر
الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه
اي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تفق
كتاب المكاتب قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة

قال صاحب الكفاية تسمية هذه الشركة وهذا اقرب الى
شركة التقبل من تسمية شركة الوجوه لان
فقال هذه شركة الوجوه في الحقيقة لان
قبول الناس العمل بوجاهته انتهى

بعد عقد الاجارة لمناسبة ان لكل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما
ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة
وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان قوله وبهذا
وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدرك بل مختل لانه يرد عليه ان
يقال ان وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلثة ايضا فلا معنى
لتخصيص تلك الثلثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع
الاحتراز به عن تلك الثلثة فقط اذ ينتقض ح ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها
من الاعتبار وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب
هذا الفن ان لا يتحقق بشيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه لنعم صح
الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلثة بالذكر
وان لم يجب الاطراد فيها بل يكفي تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في
غيره ايضا ام لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن
تلك الاشياء الثلثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلثة
والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان
الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما
يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الاشياء الثلثة بالذكر
من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر
في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد
عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس
بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة
وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله

بمقابلة

بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة
خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق
الاصالة الى هنا لفظ العناية اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال
اما في نقله فلان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمها في النقل الى
البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض
واطلقها في اثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها على الاطلاق
اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا فيخرج بقوله ما ليس بمال كما يخرج به الهبة بمقابلة صح
بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وايضا لم يكن النكاح مذكورا
في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح ايضا بقوله
بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في المنقول
وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة و
لم يذكر خروج الطلاق والعتاق بغير مال بشيء من القيدين مع انهما يخرجان
بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرناه في الهبة بلا شرط عوض
فتأمل وقال صاحب غاية البيان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق لكان
انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب
الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم
من احكام العتق ايضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيفه حيث قال وذكر
في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب
ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها
الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة
عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة للشخص ومنفعة

لغيره وهو انسب للاجارة لان نسبة الذاتيات اولي من العرضيات
الي ههنا لفظ العناية اقول في نقله خطاء لان المذكور في كلام صاحب العناية
لان الكتابة مآلها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها
الولاء وبينهما بون ولايخفي ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة مآلها
العتق بيان المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب
مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة
في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما نبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج
عن سنن السداد قصد رد ترتيبه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك
ان اراد به انها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة الا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة
مالا وان اراد انها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة الي المناسبة في جميع
اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ايضا وكيف و
العتق علي مال باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولي من نسبة
العرضيات محل تامل الي ههنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله بان مراد
صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة
ليست كذلك اي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض
بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده اما سقوط
ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك
حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام
في الانسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة الي المناسبة
في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط
عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار

والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام العتق ايضا بيان المناسبة بين العتاق صح

انتفاء

انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا
يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما
اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيتم ما شرط العوض ايضا اذ قد تقرر في موضعه
ان بلا شرط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم
العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق علي مال
لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه علي ما عرف ثم ان مراد صاحب العناية
بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولي من نسبة العرضيات ما هو الداخل
في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات
في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها
بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة للشخص وهو المولي
وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما
العتق فامر خارج عن مفهومها وانما هو مآلها الحاصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء
امر خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة من حيث
الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت انسب للاجارة من العتق ثم ان
كثيرا من الشراح قدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط
فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها من
بعض الحيثيات بالبيع الذي مر بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك
الحيثيات وغيرها كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها علي الكتابة وهل يقبله الفطرة
السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها
وبين ما ذكر قبيلها المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما
اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو الهبة اقتضت ايضا بالضرورة

[illegible]

قالوا وصح

تقديم الاجارة على المكاتب والتأبيوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية
قال الكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه
انتهى اقول هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه
فان من لا يعلم الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ
الكتابة او ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى
ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية
لما قال واما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة
او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجب على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق
يحصل له عند ادائه انتهى حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد
انتهى عند قوله او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس
الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الخ من تمام
التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل
بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في
الكافي والكفاية بان يقال الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال وما ذكر
في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا
فليتبصر قوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء قال تاج الشريعة و
صاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود الاصفهاني و
من تابعه ان هذا امر ايجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم
المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول بقي اشكال وهو ان صاحب
الكشاف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن
الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر رضي الله عنه هي

معني صح

عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى
هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب باجماع بين الفقهاء و
عمر رضي الله عنه من اجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه
الله تعالى من اعيان التابعين وكبار الفقهاء وعن هذا قالوا جالس الحسن او
ابن سيرين فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء
في ان ليس هذا الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف
انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين
لا انه مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء
فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجماع الفقهاء يحترز عن قول
داود ومن تبعه وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التهذيب من اصحاب
الشافعي ورواية عن احمد فانهم قالوا تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان
ذا امانة وذا كسب اذ الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية انتهى كلامه
اقول فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي واحمد فكيف يتم
الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم بذلك
ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز
به عنه اللهم الا ان يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم
تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك
فتأمل قوله وانما هو امر ندب هو الصحيح هذا احتراز عما قال بعض
مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان
المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح اقول بهذا

ويجاب ايضا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام
الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال وانه للندب باجماع
الائمة انتهى اذ قد علم منها ان كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس مما وقع عليه
اجماع الائمة بل مما وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بانه للندب كما هو اكثر
العلماء **قوله** وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه • تقريره ان في
الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه
بالاتفاق وكلام الله منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء
حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان
معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما
عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر • فضلا عن
كلام خالق القوى والقدر • ثم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط
المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالاباحة
على ما ذكر في عامة الشروح **قوله** والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح
لو فعله اقول لقائل ان يقول فعلى هذا لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء
الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروها لا مباحا اذ قد تقرر
في علم الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف
تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور ان
لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي
قوله فيما قبل وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتامل
قوله لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة

دينار

دينار فهو عبد الخ قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة و
تكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روي
اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال اليتامى خيرا كيلا ياكلها
الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رض اختلفوا في هذه المسئلة
ولم يحتج احد منهم بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في
الجواب بحث لانه مشترك الالزام اذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف
الصحابة ان يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال
باختلاف الصحابة في المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط
مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه
المسئلة بالرأي ويقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث
آخر بخلاف ذلك كما روي انه عم قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب
ما عتق منه وروي انه عليه السلام قال يؤدي المكاتب بحصته ما ادى دية حر
وبما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو
اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول
قوله ويعتق باداء وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد
يثبت من غير تصريح كما في البيع • وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على
كذا على انك ان اديته الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف
بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة
عند الاداء فكانه قال اوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو
نص على هذا اعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي ضم نجم الى نجم ولو نص عليه
بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا

انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولا عن المبسوط لا
يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المص
انتهى اقول تنصيص المص عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته هنا بل لا يبعد ان
يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة
وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة
لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم عامة
ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير
موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف
ومنها قوله تعالى وجاء ربك اي امر ربك وقوله تعالى واسئل القرية اي اهل القرية الى
غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض **قوله** ولا يجب حط
شيء من البدل اعتبارا بالبيع • وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو
قول عثمان رض لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فان الامر المطلق
للوجوب والجواب ان دلالة الآية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو
يطلق على اموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى امرنا ان نعطي
المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والمامور به الايتاء وهو
الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذى آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف
الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم
فالمراد به الندب كالذى في قوله فكاتبوهم لا يقال القران في النظم لا يوجب
القران في الحكم لانا لم نجعل القران موجبا بل نقول الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب
للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله
تعالى فكاتبوهم لا يصلح قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة

مولانا السعدي منه

اصلح به ما في عبارة صاحب العناية من الركاكة تبصر منه

ان يكون ح

ايجاب

ايجاب القران في النظم القران في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب
على كون امر آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة
لكون الامر في وآتوهم ايضا لذلك **قوله** بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك
فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت قال صاحب
العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب اثبت لان المسلمين
مامورين باعانته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة
بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام على العقد عليها
فتثبت انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه
ان اريد ان احتمال القدرة قبل العقد اثبت في حق المكاتب فليس بذاك قطعا
اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت له احتمال القدرة على المال قبله
وان اريد ان احتمال القدرة عقيب العقد اثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي
نفعا لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على اصله انما هو بثبوت
احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه اهلا للملك
قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا
يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال
لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب
عما قاله الشافعي هنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد
قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم اهليته للملك قبله
ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه
دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه و
ان لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد

مالكاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المص
فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في
عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا
بد من القدرة عليه انتهى تدبر **قوله** اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو
الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه **قال** صاحب العناية في شرح هذا المحل
اما الخروج من يده فليتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة
في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشيء الى الشيء
يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب
بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب
عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه **اقول**
فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء
لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول
ما قاله اولا ان يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم ان يكون
قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه
لما قلنا قال ولا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا
بل يجوز ان يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم
الى النجم انتهى **اقول** ليس هذا ابسديد اذ لو كفى تحقق حين مالكية
النفس لبطل اصل كلام المص وهو قوله اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة
وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده
في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء
على ما مر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المص فلا بد من المصير الى تحقيق

معنى

معنى الضم في الحال **فصل في الكتابة الفاسدة** اخر الكتابة الفاسدة
عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة **قوله** اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول
دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر
والخنزير في حق المسلم فكانهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان
في الحقيقة كمسئلة الكتابة على القيمة وقد اومي الى هذه النكتة في بسط نفس المسائل
ايضا حيث اعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى وعن هذا
عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال واما الثاني فلان القيمة مجهولة
الخ مع انه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب **قوله** وعن ابي يوسف انه
يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى
قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة
على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يخص ابا يوسف
وان لا يذكر بكلمة عن انتهى **وقال** صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت
صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر
كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف
انتهى **وقال** الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء
جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر
الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما
صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى **اقول** ما قاله الشارح العيني ليس
بشيء اما اولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة
نفسه والمروي عن ابي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير ان يجعل الالف واللام



في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في احد الجزئين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض واما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وابو يوسف قال ان لكل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا ادى ايهما كان انتهى واشار الى ذلك صاحب العناية بقوله واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح و غير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المص وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى وهذا اي ما ذكر من عدم

النقصان

النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى و العبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا و المولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيختل كلام المص لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز ان تكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه ان يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى ولعل الشارح المسفور انما اغتر بقول المص في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا

وبهذا التقرير الواضح المسوق بطريق الترديد تبين ما في كلام بعض الفضلاء ههنا من القصور حيث قال لا يخفى عليك ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان لا يلائم هذا التفسير يعني قول صاحب العناية اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت فانه انما لا يلائم ذلك اذا كان المراد بالنقصان هو النقصان عن المسمى واما اذا كان المراد بذلك هو النقصان عن القيمة فيلائم قطعا ولكن يلزم محذور آخر كما بيناه فلا بد من توسيع الدائرة منه

سوآء كان ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا
غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البدل المسمى فيها اقل
من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعا مع جريان الدليل
المذكور ههنا في تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى
ما رضي بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى و في القيمة تامل تقف ثم قال صاحب
العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق
باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضاء بالزيادة
لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه
انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضاء بالزيادة
عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه في العتق بعد
ثبوت حقه فيه كما يقتضيه عبارة المص وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر
ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به اولا ومورد ما قيل انما هو
قول المص كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها فكيف يسقط
ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب
جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله
كيلا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وانه لا يقبل
البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحة
ما روي عن ابي حنيفة انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى
الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق انتهى اقول
فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في العتق
علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضاء العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب

خلافه

خلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذاك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على
تقدير تمامه انما يمشي في صورة ان لم يقل المولى للمكاتب على الخمر ان اديتها فانت
حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء الخمر في هذه الصورة
فلا رأي للقاضي فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة
ثم ان صاحب النهاية ومعراج الدراية ردا على المص ههنا حيث قالا ثم قوله كيلا يبطل
حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير
راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر
لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له انتهى اقول ليس ذاك بسديد
لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم
تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير
جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل
به اكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضى العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه
بها نفع له اصلا ثم قالا فالاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة
الفاسدة مع مولاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد
الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو المسمى
فكان راضيا بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى اقول وهو ايضا ليس بسديد
لان في التعليل بما ذكراه مصادرة على المطلوب فانا بصدد ان نثبت بدليل
ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات
ذلك قوله والعبد رضي بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون
الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة
قطعا ثم اقول بقي شيء في كلام المص وهو ان قوله لان المولى ما رضي



بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعى وهو ان لا تنقص القيمة عن المسمى و
تزاد عليه الآن قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة
ما بلغت كما في البيع الفاسد يُرى مستدركا ههنا لانه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله
من قوله لانه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذّر بالعتق فيجب ردّ
قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل
على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين
كما في الكافي قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت
العتق بدون ارادته قال صاحب العناية وتقريره ان الثوب عوض والعوض
يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان
يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون
ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين
انتهى كلامه اقول فيه كلام اما اولا فلانه ان اراد بالمطلق في قوله والمطلق منه
ليس بموجود في الخارج فردا مبهما من الثوب فلا نسلم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام
انما هو في التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شيء نجزم بوجوده في الخارج وان لم يتعين
خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم انه ليس بموجود في الخارج
ولكن لا نسلم قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم
فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان لمانع ان يمنع امكان استدراك
مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة
على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وبتعذر الاطلاع على ذلك
لاختلاف اجناسه ولا نشك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا
يرى الى قول المص فيما مر واما الكتابة فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت

الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة انتهى فكيف يمكن اطلاع المقومين
على مراده في صورة الكتابة على القيمة حتى يتعين بتعيينهم فتامل قوله ولهذا انه لا
لا يستثني العبد من الدنانير وانما يستثني قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى
يعني انهما يستويان الاصل المذكور ولكن يقولان ذلك فيما صح استثناؤه من
غير ان يورد فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف
الجنس وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش
جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر في اول الفصل فكذلك لا تصلح ان تقع مستثنى
من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي
ان لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا لجريانه فيه ايضا
بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليها لم يصح
كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر
مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا اشترط ان يرد عليه عبدا
معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر انه علل هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه
الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه
المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد
اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع
وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي
عنها كذا قال الزيلعي ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه
عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه فالصواب ما في الكافي وهو ان بدل
الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف وهذا
لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون صح

صرح به في غاية المعتبرات ومنها غاية البيان ونتائج الشريعة وشرح العيني من شروح هذا الكتاب

مستثنى من بدل الكتابة انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي
عزاه الي الزيلعي والوجه الذي عزاه الي الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة
عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى قوله
اما اذا لم يبين مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة
قال في العناية واعترض على المص بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت
فيما اذا كاتب على عبد لان المص ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا
ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية كالدابة
مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع
وغيرها وان شمل اجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا
فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء ولا الجواب
اما الاول فلانا لا نم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا
كاتب على عبد وقوله لان المص ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا
ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لان المص ما ذكر قط في كتاب
الوكالة ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة
انما هو ان العبد يشمل انواعا وان ما يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان
الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس
لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد
الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع
لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله
اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي

و

والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا انتهى فهل يتوهم العاقل من ذلك
الكلام ان العبد يتناول اجناسا حتى يجعله مدار الاعتراض على المص ههنا وقد سبق
الي هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء
الفحول واما الثاني فلان الجواب المزبور مع ابتنائه على القول بمراتب الاجناس
الذي هو من اصول اهل المعقول دون اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما يعنيهم من كلام
المص في المقامين اي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه اما هناك فلما عرفت آنفا
واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه ان يقيد الجنس
في قوله ومعناه ان يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس
الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان قوله ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه
ينبني على المسامحة بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال صاحب العناية في شرح
هذا المقام ولنا ان هذا يعني ما قاله الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على
البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان
البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال وهو الرقبة لكن على وجه
يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا
المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة
استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه جعل قول المص فاشبه
النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس
بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع
ظاهر مقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ولم يقل
به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فانهما قالا في تعليل قول المص

لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني
لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال
صح

فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان
حق المقام ان يجعل قوله فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط او على مجموع
الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول
المص بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام
لان مجرد مشابهة شيء بشيء في وجه لاينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه
آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لاينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص ما ثبت المشابهة بالنكاح حتى
يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما افصح عنه
قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون
من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات
المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط **باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله**
الظاهر ان اكتفاء المص في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمل
المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب ان يفعله
كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع
في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتني على
العقد الصحيح انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يذهب على من له ادنى
مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتني على العقد الصحيح فان هذا التعليل
لا يقتضي تاخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب
وقال صاحب النهاية لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما
يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا اسلم مما يتجه على ما ذكره
الشارحان المزبوران لكن فيه ايضا سماجة فانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز

وعطفه

وعطفه على ان لا يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما
يجوز ان لا يفعله ولا شك ان الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه انما هو ما يجوز
ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب و
لا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل
شيئا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جانبا
الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا **قوله** ويجوز للمكاتب البيع و
الشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب
حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه
وكانه اعادها لتمهيد القول فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج
استحسانا فانه لم يبين ذلك ثمة انتهى اقول لا يخفى عليك ان ما يصلح
ان يكون تمهيدا للقول المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث
الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء
لا يخفى عليك انه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري
هنا انتهى اقول وهذا الذي ذكر هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له
البيع والشرى والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من
يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكر هنا بالواو
بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد
لكن هذا متحقق فيما ذكره المص فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء
والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية
البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا الا انه ذكرها في اوائل كتاب المكاتب
عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا

مولانا السعدي سر

انه لم يذكر في البداية ثم قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء
والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع
ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في البداية
قبل هذا انتهى فتدبر **قوله** وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا
يفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما
يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال
كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط لا في بدل
الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
[مولانا السعدي رحمه] قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص
للفك والحرية فليتامل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط يختص
به ايضا كما يجي بعد اسطر انتهى **اقول** ليس ذلك بشي لان كون المنع من الخروج
تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشي قد يكون بامر
خارج عنه اخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك
يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا
ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد
بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله
فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة
او فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه **قوله** وهذا لان الكتابة تشبه
البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خمرا لجهوله
لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل **اقول** لقائل ان
يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان المشايخ

قالوا

قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها وردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع
فكيف يصح منهم العمل هاهنا بشبهه بالبيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا
فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل باحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الاول
على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في تلك المسئلة المارة فتامل **قوله** او نقول
ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يختص العبد له
قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق
كان اولى انتهى **اقول** كل من شقي كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال
في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يختص العبد كما صرح به المصنف
فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور مفسدا
في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان
الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب
العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله
في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال
صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق
والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا يفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه
بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا
اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه من البيان ضعيف
والاولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد
[مولانا السعدي رحمه] نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله
من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في
صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى **اقول** كل من

وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة
متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في
صلب العقد ايضا وان رجع الى العلل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد
وبكونها اعتاقا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما
وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ للقائل
ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا
قوله لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج
ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تامل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج
المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول هل يمكن تعميمه له اذ الظاهر
ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة
الى اكتساب المال الذي هو المقصود بالكتابة وماخذ ذلك ما ذكره المص فيما سياتي
في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب امته بقوله لانه اكتساب للمال فانه يتملك به
المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فان بين تزويج المكاتبة نفسها و
تزويج المكاتب امته فرقا كما صرح به في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته
فيما سياتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سال هناك بان المكاتب
لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه
العلة فيها لانها تكتسب به المهر ويسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب
جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج
بغير اذن المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين
والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا
العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين

تزويج

تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور ههنا يمكن
تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا كما لا يخفى تامل تعقب ثم قول جماعة
من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المص والتزوج ليس وسيلة اليه
بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام
المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة لكن الكلام في امكان تعميم
الدليل الواقع في عبارة المص ثم ان الدليل الظاهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص
بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن
مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وقد قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك
رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين
لانه لا ينفذ احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة وردت في المذكر
ولكن بدلالته يعم المؤنث ايضا لا محالة قوله وان اعتق عبده على مال او باعه
نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه
قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة
او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه
انتهى اقول قد اخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال
ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان
من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان
الاكتساب اعم من التجارة كما سيجيء فالحق ههنا عبارة المص حيث قال لان هذه
الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات
التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس

ذلك من ضرورانها ايضا لانّ الماذون له يملك التجارة اجماعا ولايملك تزويج امته
عندابي حنيفة ومحمد رح كما سياتي وقد تقرّر عندهم انّ من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراتا
كما مرّ من قبل فلوكان ذلك من ضرورانها لملكه الماذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن
المحذور في كلام الشارح المزبور الّا بان يحمل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب
اطلاقا للخاص على العام قوله ولذلك الاب والوصيّ في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب
يعني يملك الاب والوصيّ في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان
في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا
تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب
الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول الاعتاق على
مال انفع من البيع على ما مرّ ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فانّ كون العتق فوق
الكتابة مانع ثمّه فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول
لم يمرّ في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب انّ العتق انفع من البيع و
انّما الذي مرّ وتقرّر في عامة الكتب انّ الكتابة انفع من البيع لانّها لا تزيل الملك الّا
بعد وصول المبدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شكّ انّ الاعتاق على مال يزيله قبله
ايضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمّة المفلس كما مرّ آنفا فلم يكن انفع من البيع لا انّه
ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا قوله واما
الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف له ان
يزوّج امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانّه ان كان المشار اليه بذلك في قوله
فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او
باعه من نفسه او زوّج عبده لم يجز فتنافي كلمة امّا في قوله واما الماذون له فلا يجوز له شيء
من ذلك تماباباه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز بناء فيه قوله وقال ابو يوسف له ان

كون صح

فكان المناسب ان يقال وكذلك الماذون له لا يجوز له شيء من ذلك

يزوّج

يزوّج امته فانّ تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة
فلا معنى لبيان خلاف ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا
الباب فيتّجه عليه انّه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانّهما يجوزان للماذون
له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلّي فان قلت المشار اليه بذلك
مجموع ما ذكر في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انّما ذكرت
في اوّل هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب
العناية ثمّه قلت قد عرفت هناك انّ ما يصلح للتمهيد انّما هو مسئلة جواز السفر دون
مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عندا لا
هناك ولا ههنا واعلم انّ صاحبي الوقاية ذكر في هذا الباب اوّلا ما يصحّ من تصرفات
المكاتب بقوله صحّ بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضدّه وانكاح امته وكتابة عبده
وثانيا ما لا يصحّ منها بقوله لا تزوّج الّا باذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدّقه الّا بيسير
وتكفّله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثمّ لمّا قال وشيء من ذا لا يصحّ من ماذون ومكاتب
وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة
على المنفيّات فقط وهي من قوله لا تزوّج الى آخره لكونها على قرن واحد ولم يحملها على
مجموع المنفيّات والمثبتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المثبتات و
امّا في هذا الكتاب فلا يتيسّر ذلك التوجيه امّا اوّلا فلانّ المنفيّات لم تذكر فيه
على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيّات والمثبتات مختلطة مع الاخرى
فلا يفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وامّا ثانيا فلانّ قوله وقال ابو
يوسف له ان يزوّج امته يمنع ذلك لانّ تزويج الامة من قبيل المثبتات وانّا
انعجب من شرّاح هذا الكتاب كيف لم يتعرّض احد منهم ههنا لا للتوجيه ولا للاشكال
مع ظهور الركاكة في التحرير قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة اي ابو يوسف

حيث قال اي من قوله لا تزوّج الى ههنا وانّما انكاح امته وكتابة عبده فهما وان لم يكونا جائزين للماذون لم يدخلها في قوله وشيء من ذا لم يذكره في باب الماذون بقوله فلا يزوّج رقيقه ولا يكاتبه عبده لان قوله ههنا وانكاح امته عطف على البيع والشراء وهما جائزان للماذون فتخصيص الاشارة في قوله وشيء من ذا الى بعض المعطوفات لم يكن حسنا فجعل الاشارة الى قوله لا تزوّج الخ الى ههنا لفظ صدر الشريعة

قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له ان يزوج امته فكذلك المأذون
له واعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز ان يوجر عبده وامته فكذلك
يجوز له ان يزوج امته كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره
نظر اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه
عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون
له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز
بالاتفاق واما ثانيا فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها
للمأذون له يقتضي جوازه له ايضا لزم ان يجوز تزويجه عبده ايضا كما يجوز اجارة
عبده وامته على ما نصوا عليه مع انه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم ان صاحب
النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ
الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة
اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل
لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا
غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية
الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا
بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك اليق انتهى
كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر
واطلاق التصرف ان في كل منهما فك الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك
قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان اراد
بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الآخر ايضا فليس
كذلك ايضا الا يرى انه يجوز للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون

له

له بالاتفاق وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض من
التصرف في الجملة فبهذا القدر لا يتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن
ظهورها واما ثانيا فلان قوله لما ان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين
الخ لا يدل على ان يكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير
فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها
من الحيثيات الأخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب
وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس
ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نسلم
اولويته انتهى اقول هذا النظر مندفع فان المراد بالقياس هو الشرعي
كما يرشد اليه جعله دليلا على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين
عينين ان اراد به انه لا يكون بين نفس العينين من حيث ذاتيهما فهو
مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله
بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما
ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وان اراد به انه لا
يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد
بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الاولوية ايضا ساقطا لان لفظ القياس
اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى ان معنى المماثلة كان
معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره
قاس الشيء بالشيء وقدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين
اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين اللذين بينهما مماثلة
خفية اولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف

ثم ان راي صاحب العناية ههنا ان يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان في عرف الفقهاء او المصنفين فله وجه فليتتبع قوله ولهذا ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة اقول كان الظاهر ان يقال ان الماذون له لا يملك الا التجارة بالقصر حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة ان لا يملك الماذون له تزويج الامة فان مجرد ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك غيرها ايضا فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه الماذون له فلا يتم التقريب قوله ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال انه يلزم حينئذ ان ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه واورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون مولانا السعدي في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتامل انتهى اقول يمكن التوفيق بين ما ذكره المص ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم بما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد المص بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة

المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي ايضا على قاعدة انصراف المطلق على الكامل فحينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان احد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المص اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم انتهى وهكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المص في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حر امراة على خدمة سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا انتهى فانه صرح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا سيما في باب النكاح فتامل

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لان التبع يتلو الاصل قوله واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري قال المص ومعناه اذا كان معه ولده وقال صاحب العناية في شرح المقام امراة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته خلل لان القنة بالتاء في وصف المراة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن

[illegible]

يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب واما امة قنة فلم
اسمعه انتهى قوله واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال قال عليه
السلام اعتقها ولدها قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة
الحرية يثبت للام حقها وههنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام
حقها تخفيفا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت
للام هذا الحكم دون الكتابة تخفيفا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة
تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها انتهى اقول فيه نظر لان عدم
ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما يقتضي ان لا تصير مكاتبة
اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه دخل ابوه في كتابته وتصير مكاتبا تبعا
لولده كما تقرر مع ان العقد ما ورد على الاب هناك ايضا قطعا فالصواب في الجواب
عن السؤال الثاني ان يقال انما لا تصير مكاتبة تبعا لولده تخفيفا لانحطاط رتبتها عن
ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال
بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذا لا تصير
مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال
الاول بخلاف الاب اذا ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت
حقيقة الحرية او حقها تخفيفا للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة
فان قلت العقد ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه
فيكون واردا عليه بخلاف الامة انتهى اقول فيه ايضا نظر لان كون قرابة
الولد قرابة جزئية لا يقتضي ان يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد
ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد ايضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا لوالده فلا
يصح قول المص اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى ويلزم ايضا ان لا

يثبت

يثبت فرق عند ابي حنيفة رح بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين
ما اذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر تقف قوله وله ان القياس ان يجوز بيعها
وان كان معها ولدها الى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه
قال صاحب العناية ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد
على ما ذكر في اول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم
والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله
عليه وسلم اعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب
وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها
الولد الى هنا كلامه اقول في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق
بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه
يتناول الصورتين معا فقوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب
ان اراد به ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا وان اراد به ان ذلك المعنى
ثابت مقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو
اول المسئلة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته
المشتراة التي ولدت منه قبل ان يملكها بناء على انها ام ولد له وان لم يملك
ولدها قطعا على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب
ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك
اليمين فهو ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند احد من العلماء الا يرى ان
الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز بيعها بالاثر المذكور بعينه مع ان الولد هناك
ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد بذلك ملك التصرف في
امره بالولاية عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امها عند اصحابنا فان

حتى انه ورد في مثل هذه الصورة
فانه لما ولدت مارية القبطية ابراهيم
من رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقيل له الا تعتقها قال اعتقها ولدها

من استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما مر
في باب الاستيلاد من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر
ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد
بسبب ان كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا لابيه فظهر ان قوله وكذلك
ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال **قوله** ومن زوج امته
من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتهما وكان كسبه لها وفي بعض
النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها اي في الدخول بينهما وفي الكسب يتبعها
خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها
قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز ان يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء
مولانا السعدي
كسب ام لا بان لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى اقول ليس هذا بشيء
لان مراد ان فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع
الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم يتحقق فائدة قط في دخوله
في كتابة ابيه فكان القول بدخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد
بعتق امه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للمدخول فيه والكلام في الثاني ولئن
سلم تعميم الفائدة او جعل فائدة الولد فائدة لامه ايضا فتلك الفائدة
ايضا انما يتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا تنافي كون الاول هو
الوجه بل تؤديه واما حديث ان لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا
لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك
فانه على تقدير حصوله يصير فائدة **فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس
مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح **قوله**
ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال تاج الشريعة

فان قلت

فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا الاولاد التي اشترتها
بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى
ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال
لامته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا يبطل التعليق فلما عتقت
بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب
عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد
اقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب اقول
في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر فيما مر مرارا ان العمل بالشبهين
انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة
معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه
وهما اي السقوط وعدمه متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة
واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك
واما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت
الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي
حينئذ محل المشابهة بالكلية فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا
ثم ان المناسب لما ذكروا
بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه السقوط ثم اقول
الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما اشار اليه المص في المسئلة الآتية بقوله
غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه
انتهى تأمل **قوله** واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة
الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا

فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما
عتقت بالاستيلاد بطلت
جهة الكتابة في صدر الجواب يقتضي ان الكتابة تشبه
المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل
ان يقال ههنا وقلنا بعدم سقوط البدل عملا بشبه
المعاوضة التهم الا ان يدعي استلزام عدم سقوط
البدل سلامة الاكساب فيكون ما ذكروا ههنا تعبيرا
باللازم

حرية قال صاحب العناية لا يقال احدهما ينتقض العتق ببدل والآخر بلا بدل و
العتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق
تلقتهما على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما
فكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية [مولانا السعدي] فغير مسلم كيف وفي العتق
بالكتابة يسلم لها الاكساب بخلاف العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا
تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب
العناية ان اراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو
الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم
ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سندا
لمنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي
بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض
في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح ان يكون سندا
لمنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط الممنوع عنه واما شقه الثاني فلانه ان اراد
بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا تنافي بينهما
من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب
لها بخلاف العتق بامومية الولد فانى يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا
تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية
في تعليل لا يقال قوله بمنزلة تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة
انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان
الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل ان
يقول النظر لها في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق

الغير

الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت
المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي ان يكون الكسب للمولى لا لها لانها عتقت
بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء [مولانا السعدي] بعد نقل هذا الايراد عن الشارح
المزبور وانت خبير بانه ليس فيه ابطال حق الغير فانها عتقت وهي مكاتبة
وملكها مانع من ثبوت ملك الغير فيه تامل اقول ليس هذا بدفع صحيح
لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما انما هو يدا لا رقبة ولهذا لا يمكن
التبرع فيها وانما رقبة اكسابهما ملك مولاهما كرقبة انفسهما ما لم يؤديا بدل
كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق وثانيا فقوله وملكها مانع ملك الغير
فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة
فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال
صاحب الغاية ولنا في قوله يسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر
الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق
الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام حالة
الولادة انتهى كلامه اقول هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت
بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولى امها وقد
اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول
المص تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في
حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى
التعليل الذي ذكره المص في بيان سلامة امثال تلك الاولاد لها اذ لو اعتبرت
الكتابة مفسوخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء لورثة المولى فلم يكن
النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام

ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة
والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما
ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول
يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما بقي
من اكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب وكان النظر له في الثاني
دون الاول صرنا اليه انتهى اقول لا السؤال بشيء ولا الجواب اما الاول
فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة
اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة
وههنا لم يتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم
بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما يفصح عنه قول المص لان الكتابة انفسخت
في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني
فلوجوه احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله
احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا
هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه
واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها
ان قول المص لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب
والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير
ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير امر الكتابة في حق البدل
وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء تمام البدل
حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب
والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي

يخيله

تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه
في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كان من جهة واحدة وان صير الى اختلاف
الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال
صاحب العناية لا يقال في كلام المص تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه
من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين
لان للكتابة جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى
بالثانية فتامله فلعله سديد الى هنا كلامه اقول هذا السؤال
ايضا ليس بشيء وجوابه ليس بسديد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص
انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما على سبيل البدل فيعلل
بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي
يذكر لها دليلان او ادلة كذلك فان المقصود في امثال ذلك التنبيه على
ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب بدلا عن
الآخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب
ممنوع لان تلك الجهة ان يلزمه ايفاء البدل وقوله لامتناع ابقائها من غير
فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط
بدل الكتابة عنها واذا سقط عنها البدل لا يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما
ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله
عنده لما تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدل معجل
بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال
متحدا لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما
اعسر لكونه حالا فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وعزاه في

مواجح الدراية الى مبسوط فخر الاسلام اقول فيه بحث وهو ان الفائدة المذكورة
انما تتصور في صورة ان كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل بالكتابة
واما في العكس فلا اذ لاشك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء
الاكثر المعجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة اصلا لتعين اختيارها الاقل
لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم الصورتين عنده كما هو الظاهر من
اطلاق المسئلة في الكتب باسرها قوله وعندهما تعتق كلها بعتق بعضها
فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير واعترض
عليه بان الاعتاق لما لم يتجزء عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخ
الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة
نظرا لها فنبقيها لذلك فربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية اخذا
من شرح تاج الشريعة اقول في الجواب اشكال لان القول ببقاء الكتابة
فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير بناء على قول المص وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها
فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة
فاني يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت
المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول
قلت لو ابقي حكم الكتابة لابقي تاجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال
في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق
لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي
اصل المال عليه غير مؤجل الى اخره ولو ابقي تاجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار
الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز ان تختار الاكثر المؤجل لكون ادائه ايسر
من اداء الاقل المعجل كما مر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير

فلا ينقطع

فلا ينقطع م

مادة الاشكال قوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته اقول لمانع ان يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق
الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية
دون حقيقتها فجاز ان تحتاج الى استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم المال
بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها
حرية الكل قطعا لعتقها عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز
التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حريته كلا للاحتياج الى
استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة
ما يستحق حريته بعضا لتلك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتامل واستشكل
بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتمشى على اصل ابي يوسف
فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذلك
ساقط لانا لا نم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل
عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان
عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثيهما اذا لم يكن له مال
غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على
اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث
بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس
التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث
ظاهرا هو انها استحقتها بتمامها من غير ان يلزمها سعاية في ذلك
الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين وبقوله والظاهر ان الانسان
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته هو ان الانسان لا يلتزم

المال بمقابلة ما يستحق حريته تجانا بخلاف مالا يستحق حريته او يستحقها
ولكن يلزمه اداء مال الكتابة فانه يجوز له ان يلتزم المال بمقابلته ولا
يخفى ان هذا المعنى يمشي على اصل ابي حنيفة واصل ابي يوسف ايضا
فتفكر تفهم قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس
بمال والدين مال فكان ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل و
القياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال لان
الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة
عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا
انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة
لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر و
المال المقابل بالطلاق الآن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى
اقول ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لان المراد
بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه
بالايجاب والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال
ونحوهما لان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل
هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا اورد عقد الكتابة بعد عقد
الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس
بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة
وقالوا اخرج بقولنا بمقابلة ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج
بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض
فيها ليس بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت

اسقاطا

اسقاطا لبعض الحق لجواز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن
مستحقا انتهى وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل
واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق
في كل منهما هو المؤجل والمسقط ايضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء معجل في
المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة
المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح
اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما
يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب
العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر
لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا
لكان اظهر لان تاثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء
فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في
شرح قول المص لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب
السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا
عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى
قوله وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على
الاداء الا به قال بعض العلماء فيه منافاة ظاهرة اذ قد سبق ان الاستواء في
جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتامل انتهى اقول هذه المنافاة
انما تظهر ان لو ارادوا ابنفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة وهي ادنى
ما يتمكن به من الاداء واما اذا ارادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما توجب
اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمنافاة مجال لظهور ان اليسر

ثم الفرق بين القدرتين ان الممكنة شرط [illegible]
[illegible]
[illegible] منه

على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفلسا
فيمتنع الناس غالبا عن اقراضه المال في الحال فيتعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان
امكن في الجملة على ان المص واضرابه لم يتشبثوا في تعليل صحة الكتابة الحالة
عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل
معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة
على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحالة يرد الى الرق انتهى
فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر **باب
من يكاتب عن العبد** لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في
هذا الباب احكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في
تصرف المرء ان يكون لنفسه **قوله** وهي اولى بذلك من الاجنبي • يعني
ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها
اولى لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب
العناية بعد ان ذكر ذلك واقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشائخ
ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي
واري انه الحق انتهى وانا اقول ارى ان الحق خلافه وهو ان يكون
ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما
ذكره الامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي
وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى ان ثبوت
الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون
الولد تابعا للام كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع
لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا

انما تكون

انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في
حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل
كتاب المكاتب خبرا ولا نشك ان وضع مسئلتنا هذه في كتابة
الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصور ههنا التبعية
المطلقة واما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحقق
في المسئلة الاولى ايضا بلا تفاوت كما صرح به المص هناك وقال ههنا
لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة
الاولى انتهى مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس
بالاتفاق وان اراد بوجه القياس هنا ثبوت ولاية المكاتبة على اولادها
كثبوتها على نفسها فليس بصحيح اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية
لها على اولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة
في الامة اذ لو وضعها في العبد لربما تتوهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب
عليهما فلا يعلم تساوي العبد والامة في حكم هذه المسئلة **باب
كتابة العبد المشترك** لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك
شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في
غاية البيان وقال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد
لان الاثنين بعد الواحد اقول الوجه الاول هو الراجح لان الوجه
الثاني لا يمشي في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول ابي حنيفة رح
بخلاف الوجه الاول تامل تقف **قوله** واذا كان العبد بين رجلين قال بعض
الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي اولى انتهى اقول
وجه الاولوية ان حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين وما

اذا كان بين رجل وامراة او بين امراتين ولفظ شريكين ينتظم الكلام اما لجعل
الشريك فعيلا بمعنى المفعول من شركه في كذا فان كلا من المشاركين في
امر شارك ومشروك والفعيل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث او
بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحو
حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية
ثم ان صاحب العناية لما اخذ بنسخة شريكين حيث قال قال واذا كان العبد
بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال اى بين
رجلين اقول هذا امر عجيب مولانا السعدي اذ لا نشك ان حكم هذه المسئلة غير مختص
بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين
مما لا وجه له ههنا اصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين
مطلقا تغليبا للذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه
فكيف بالعكس **قوله** واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق
لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزى وفائدة الاذن ان لا يكون
له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد
الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة
وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه انتهى كلامه
وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة
اى على مذهبهما انتهى اقول مولانا السعدي هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك
في الكتابة على مذهبهما قطعا الا يرى الى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة
ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزى فهو اصيل في النصف

وكيل

وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على
مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه
المسئلة بالتمام قال وكان المص مال الى قولهما حيث اخره انتهى قال
بعض الفضلاء فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول ابي حنيفة في كتاب العتاق
انتهى اقول الذى مر في كتاب العتاق مسئلة الاعتاق والمذكور
ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول ابي حنيفة في مسئلة الاعتاق
ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين
باذن الآخر كما نحن فيه فمن اين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء
على كون الاصل في كلتا المسئلتين هو التجزى وعدمه فترجيح قوله هناك
لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تاخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا
ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على
الرجوع عن الاول كما هو المخلص في امثال هذا فلا محذور فتدبر **قوله** ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد قيل ينبغى ان لا يضمن شريكه قيمة الولد عند
ابي حنيفة لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها
واجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة
الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذاك السؤال وهذا الجواب وليس
بشيء اقول يعني ان هذا الجواب ليس بشيء لان ما ذكره المصنف
فيما سيأتي بقوله وهذا الذى ذكرناه كله قول ابي حنيفة رح ينافي هذا
الجواب قطعا ثم قال صاحب العناية وقيل عن ابي حنيفة في تقوم ام
الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة انتهى

وقال بعض الفضلاء آه هذا مخالف لما اسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من
ان الروايتين في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات
عن ابي حنيفة انه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تتقوم لماليتها انتهى اقول
لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما اسلفه صاحب العناية
في البيع الفاسد فانه وان اسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الا ان المصنف
صرح هناك بتحقق الرواية عن ابي حنيفة رح في تقوم ام الولد ايضا حيث
قال وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي
حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه انتهى والمجيب بهذا الجواب
الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب
البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن ابي حنيفة في حق ام الولد و
واما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو
ناقل محض فلا بأس في ما اختاره هناك قوله وبخلاف بيع المكاتب آه
هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب
كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب ان في تجويز البيع
ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلنا كا نتضرر به المكاتب
وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل
مراد المص بكلامه هذا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي
بان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا المعنى لكلام المص
هذا بقيل قال ويجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان
البيع وراءه مما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت
انتهى اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة

اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المص هذا جواب عندي
عن قياس ابي حنيفة نقل الكتابة المعروضة من ملك الثاني الى ملك الاول
على بيعها ووجهه ان في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى
هنا كلامه اقول انت خبير بان القياس الذي ذكره لم يقع من ابي حنيفة
قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا
مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه
نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك
وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته
مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة
على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب
اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون
حصته نصف درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه
نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع
بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما
في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما
فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف
قيمتها مكاتبة وعلى قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف
ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العناية اقول
هذا شرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا

مشترك بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه
نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا خبط فاحش اذ
قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة
بان قول ابي يوسف في تلك المسئلة ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه
مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا بناء على انه اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في
الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو
لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على احد ان ضمان الاعتاق ضمان
افساد التملك لا ضمان التملك او لم ير قول صاحب الكفاية بصدد
شرح قول المص هنا لانه ضمان تملك فاما اذا اعتقها احدهما او لا كان
هذا ضمان افساد الملك واما ثانيا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب
المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه يدل على ان ما ذكره فيما قبل بأسره
كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله
عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا
تملكها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلانه صرف القياس في كلام
المص هذا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس
قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه
نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف
قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المص في
المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سياتي صريح في ان محمدا مع
ابي يوسف هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا

كان

كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل فكيف يتم القياس
على قول محمد رح ثم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق احد
الشريكين المكاتب المشترك بينهما احدهما ما ذكره المص فيما سياتي والاخرى
ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل عليه ما ذكر في بعض
الكتب المعتبرة كالكافي والبدائع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على
قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي
من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المص نفسه لصرف القياس الذي
اختفى في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا ثم اقول الوجه عندي ان يكون
مراد المص ههنا ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس
قوله في مسئلة الاعتاق واما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك
المسئلة يرشدك الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المص حيث قال في قياس
قول ابي يوسف وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني
تدبر ترشد قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة
وههنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك
للمدبر فيها يصح تدبيره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فانه ينبغي
ان يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتامل انتهى
اقول يمكن الفرق بان وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف
بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة هو ان حق شريكه في نصف الرقبة على
اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما وهذا
الوجه غير متمش فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف
البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعد زوالها فيصير

ماادّته الي شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل
فانفسخت الكتابة فح يتعيّن حق شريكه في نصف الرّقبة فيضمن نصف
قيمتها بالاتفاق فليتامّل باب موت المكاتب وعجزه وموت المولي
تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لانّ هذه الاشياء متاخرة عن
عقد الكتابة فكذا بيان احكامها قوله والثلث هي المدّة التي ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون
بالجرّ عطف علي كامهال اقول هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شكّ
انّ المديون معطوف علي الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء قوله و
لهما انّ سبب الفسخ قد تحقّق وهو العجز لانّ من عجز عن اداء نجم واحد يكون
اعجز عن اداء نجمين اقول فيه شيء وهو انّ دليلهما هذا لا يتمشّي في
صورة ان عجز عن اداء آخر النجوم التي تواضعا عليه بعد ان ادّي سائر النجوم
باسرها اذ لا يلزمه حينئذ سوي اداء نجم واحد حتي يجتمع عليه نجمان عند امهاله
مدّة نجم فيكون اعجز عن ادائهما بل يكون عليه ح ان يؤدّي نجما واحدا في ضعف
مدّته ولاريب انّه ايسر له كما قال ابو يوسف رح وقال بعض الفضلاء فيه
تامّل فانّه اذا كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لا يسلّم هذه الشرطيّة
انتهي اقول انّ قوله هذه الشرطيّة ليس بسديد اذ الظاهر انّ من في قوله
من عجز عن اداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون اعجز عن اداء نجمين خبر
انّ في قوله لانّ فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتي تكون الجملة شرطيّة قوله
والآثار متعارضة فانّ المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما انّ مكاتبة له عجزت
عن اداء نجم واحد فردّها فسقط الاحتجاج بها • هذا جواب عن استدلال
ابي يوسف باثر علي رضي الله عنه بانّ الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما

علي ماذكر

علي ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها اي بالآثار للتعارض لانّ
الآثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الي ما بعدها من الحجّة
فبقي ما قالاه من الدّليل بانّ سبب الفسخ قد تحقق الي آخره سالما عن المعارض
فيثبت الفسخ به كذا في عامّة الشروح اقول هنا اشكال لانّ ما
قالاه من الدّليل المعقول راجع الي القياس علي مقتضي ما صرّحوا به في كتب الاصول
عند بيان انحصار الادلّة الشرعيّة في الاربعة من انّ الاستدلال بالمعقول
راجع الي القياس وقد صرّح به صاحب غاية البيان ههنا ايضا حيث قال انّ
الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الي ما بعدها من الدّليل وهو القياس انتهي
وقد تقرّر في الاصول ايضا انّ القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل
المقادير كما افصح عنه كثير من الشرّاح حيث قالوا وما رويناه من حديث
ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السّلام لانّ ما يقوله الصّحابي من المقادير يحمل
علي السّماع لانّه لا يدركه القياس انتهي فاذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه
وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرّر في الاصول و
الفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدّليل المعقول الذي مرجعه الي القياس
حجّة لهما في اثبات ما ذهبا اليه في جواب هذه المسئلة فليتامّل قوله
وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك
زيد بن ثابت رض ولانّ المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذّر اثباته فتبطل
قال صاحب العناية في شرح هذا المحلّ وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت
عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رض واستدلّ لذلك بالمعقول
بانّ المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهي وردّ
عليه بعض الفضلاء بانّ قوله واستدلّ لذلك بالمعقول الي آخره لا يطابق المشروح

مولانا السّعدي

لان دليل ابي يوسف خطابة لا يعارض المعقول كذا في العناية

كما في البناية والكفاية ومعراج الدراية

لدلالته علي انه استدل باثر زيد وبالمعقول حيث قال المص ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول بل هو مطابق للمشروح فان الواو في قوله واستدل للعطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رض كانه قال اخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ايضا كما ان قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف علي معني قوله واماما في ذلك زيد بن ثابت رض كانه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت للاحكام فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده علي صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح علي زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا اياه وايضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى علي الفطن الناظر في عبارة المشروح قوله بل اولي لان حقه آكد من حق المولى قال صاحب العناية قوله بل اولى يجوز ان يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد

موت

موت الكاتب ادعي من حيث المقتضي والمانع الي آخره اقول لا يذهب علي ذي فطرة سليمة ان قول المص هذا انما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان ان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية اليد كما صرح به والمص لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه امر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة ادعي الي ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان بعض الفضلاء قد رجح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المص هذا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل علي الكلام التنزلي انتهى اقول ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لو وقع العقد علي نفسه الا يرى الي قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بان يقول العبد كاتبني بالف درهم علي نفسي وعلي فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور

انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المص بقوله بل اولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله
الستابع بل يكون مؤيدا له فلا احتياج الى التنزل بل لا معنى له يظهر ذلك كله
بالتامل الصادق **قوله** فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد سبب
الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه هذا اشارة الى الجواب
عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما
انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزل الميت حيا في حق بقاء
التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين
وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت
المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته بان يستند الحرية باسناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه هذا
زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من
العجائب ههنا ان صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة او في او يستند
الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل ائمتنا في هذه المسئلة
فينزل حيا تقديرا ويستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
وقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من تمام التعليل فمن قال او يستند
فقد اخطأ انتهى وقصد القائل في حاشيته صوبي بصاحب الهداية فهو هذا
المخطئ فان المقصود من كلمة او هو الاشارة الى المسلكين المختلفين المنقولين
في اثبات قول ائمتنا في مسئلتنا هذه بحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة
الواو ولعل منشاء غلط ذاك المخطئ المخطئ انه زعم ان قول صاحب الهداية
او يستند الحرية الخ معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه عقد معاوضة
فخطاه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا ريب انه معطوف

ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة ان المخطئ
صح

على قوله

على قوله صح

فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية
الفائدة بتوسيع الدائرة **قوله** ولا يسري حكمه اليه لانفصاله قال بعض
الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو انه لم يسر حكم عقد الكتابة
اليه لما دخل في كتابة ابيه وقد مر في اول فصل اول من باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم
يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه
اما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى في كتابة ابيه ليس
لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل لجعل المكاتب
مكاتبا لولده باشترائه اياه تخفيفا للصلة بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى
ولده يصير معتقا له بالاشتراء واما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشترى
عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب
اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال
وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه
مات عن وفاء انتهى فتبصر **قوله** وان مات المكاتب وله ولد من حرة
الخ قال صاحب العناية ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما
انتهى اقول هذا الكلام لا حاصل له لان الفرق متحقق بين كل مسئلتين
والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة اذا ذكرتا فكل مسئلتين
اذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص علته ببيان الفرق بذكر هاتين
المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين خفي فكان بيانه اهم فيهما
ولهذا اخص علته بذكرهما قلنا خفاء الفرق ايضا متحقق في كثير من المسئلتين
كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وايضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما

لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الاخرى ولا شك ان كل واحدة
منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على ان الفرق بين مفهومي
هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما المحتاج الى البيان هو الفرق بين
علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان انفسهما
مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما
بل كان لبيان حكمهما في انفسهما ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل
قوله لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي
الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب
والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية في حل هذا المحل لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة
فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه
يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب
انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من
اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان
ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل
ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول في
تقريره نوع اشكال على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت
ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز ان يكون اللازم
اعم من الملزوم ولا شك ان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما
نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق في صورة ان يقضي
بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة ان يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم اقول

يمكن

يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه
عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم
على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز
ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة
الآتية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان لمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما
نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد
على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل المذكور عن
نوع المصادرة فتأمل قوله وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك • وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين
في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة
كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في
مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في
ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر
وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية
على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نم ان
ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين انتهى وقصد
الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه منع مجرد والثاني دعوى
بلا برهان انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع من السند
كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر ان الثاني اقوى من الاول فلا يفيد
قوله اول كلامه منع مجرد واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد
اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب

في دفع ذلك ان يقال ان معنى التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبدل
بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين سابقا لان
كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك
في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية
ولعل الاولى ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدل انتهى ورد
عليه الشارح العيني بانه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا
ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر
الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى الى المكاتب من الصدقات طيبا
للمولى كما صرح به والصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذى ذكره في
المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح واورد هو النظر عليه مع ما
في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد
دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك
اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل اولى من اعتبار حال المغلوب
وهي البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه وادعاء انه ع
اولى من ذلك قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل
الآخذ الى قوله والآخذ لم يوجد من المولى قال بعض الفضلاء فعلى هذا لو اباح
الفقير للغني او الهاشمي ينبغي ان يطيب لهما عنده اذ لا اخذ منهما كما لا يخفى
انتهى اقول ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما
الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما
هناك سبب الخبث اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من آخر
اذا وجد الاذلال بالآخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا

من يد

من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان اكسابه ملك مولاه عند ابي يوسف
فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد
اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما
ما اخذا من الصدقة فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز
بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل ذلك
الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت
ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا
ولو سلم ان يعد ذلك اخذا فلا لازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى
ملك نفسه من يد عبده والذى كان سببا للخبث انما هو اخذ ملك الغير
من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني او الهاشمي فوضح الفرق بين
ذلك وبين ما نحن فيه قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم
يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء قال صاحب
العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان
مذهب زفر رح ان جناية المكاتب تصير مالا في الحال من غير توقف على
الرضى او القضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال
المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي انتهى كلامه اقول
فيه بحث اذ للمانع ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف
وهذا التردد متحقق فيما اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك
بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمنع ههنا ايضا كما هو مذهب زفر وقول ابي يوسف
اولا من اين يثبت الظهور ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع
الانتقال في الحال لزم ان يكون قول المص ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا

بعد ان قال ان المانع قابل للزوال للتردد او كان حقه ان يقول فلم يثبت
الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب
الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن
الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من اثار التكاتب
بزوال ملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهو وان كان من اثار الاعتاق
ايضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت التكاتب الى هذا
الموضع فوجب تاخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على
المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد
الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة به لان حكمها وهو
الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية
بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة
فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا
قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدراية
اقول فيه قصور اما اولا فلان الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين
كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه
صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة انفسهما فكيف يحسن تسميتهما
بما لا يقوم معنى ماخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا
فلان ما ذكر في المبسوط من ان المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل
على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن ان المطلوب بالشيء
لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى

نفسه

نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع
عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر
وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي
وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة
عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول فيه خلل لان الولاء المشتق
من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة
عن القرابة لان الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى
ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى النصرة
وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما
ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب اي وصلة
كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق
من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد
بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء و
الولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء
الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية
حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال او من الموالاة وهي مفاعلة من الولاية
بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة
انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة
وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان
قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له • انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا فانهم

الاي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي ... صح

يقولون ان سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه
ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق ههنا
فالصحيح ان سببه العتق على ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء
الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد
به ان الولاء له بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون
العكس هذا زبدة ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع اما سبب ثبوته
فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق
شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان
ورث قريبه وسواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة
القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل
او ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا
الى وقت وسواء كان صريحا او يجري مجرى الصريح او كناية او يجري مجرى
الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى
الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى ههنا لفظ البدائع اقول
كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة
ان كان العتق حاصلا بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج
تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع قوله والمعنى
فيهما التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومها الشرعي
انتهى اقول فيه بحث اذ ليس مفهومها الشرعي مطلقا التناصر بل تناصر
يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزبور وغيره وبهذا الخصوص
يمتاز مفهومها الشرعي عن مفهومها اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف

بقوله المذكور بيان مفهومها الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في
مفهومها الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومها لغويا كان او شرعيا
لقال ومعناهما التناصر دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له
دربة باساليب الكلام والحق ان مراد المص بقوله المذكور بيان المقصود منهما
لا بيان مفهومها وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المص والمعنى فيهما التناصر
والمطلوب بكل واحد منهما التناصر صح
كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما مر تدبر ترشد قوله واذا اعتق المولى
مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وجه
الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك
الحكم انتهى اقول لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد
اذ لا شك ان المطلوب بهذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء
والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب
ان وجه الاستدلال ههنا هو ان لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء ولام
الاختصاص في قوله لمن اعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون
غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامي الجنس والاختصاص على اختصاص
جنس الحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال
به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق
فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه
اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا
يستدعي كونه اصلا في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما
بما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي
الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون علة

فان قلت اذا افاد قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
اختصاص الولاء بالمعتق يلزم ان لا يثبت الولاء لمن
ورث قريبه فعتق عليه ولا اعتاق من جانبه
فلا معتق قلت جواب ذلك ان في صورة من قال من اصحابنا
سبب الولاء هو العتق دون الاعتاق فيجوز ان يقولوا
تلك الصورة ثابتة بدليل آخر ويجوز ان يقولوا ان من
ورث قريبه صار معتقا له حكما وان لم يكن معتقا
له حقيقة فدخل تحت قوله ع م الولاء لمن اعتق فتامل

لتنفسه الي غير ذلك من الصور ومدار السؤال علي العلية فلا يدفعه الجواب المزبور
قوله ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير
الولاء كالولاد قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به
اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقريره
المولي ينتصر بمولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث
يغنم بنصره يغرم عقله والمولي احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك
حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء نحو القضاء
والشهادة والسعي الي الجمعة والخروج الي العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق
يثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء معنى ومن احياء غيره معنى ورثه كالوالد
فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول
في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب المولي بمعنى المعتق بالفتح
والانتصار في جانب المولي بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تامل في بسط
كلامه سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس
اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق
ذلك اياه فهو الغانم وايضا قد استدل على ان من ينتصر بشخص يعقله بان
الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الي من ينتصر
كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل
المذكور اما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر
علي ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى ح
وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما
يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث

الشريف

الشريف علي ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا الكتاب ايضا في باب
النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الي شخص في قوله من ينتصر بشخص
لم يصح الدليل المذكور اصلا لان الغانم هو المنتصر بشخص والغارم هو ذلك
الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم
بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس ثم اقول
الصواب ان مراد المص بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح
ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق
بالفتح بناء على ان مدار العقل ان يكون ناصرا كما تقرر في كتاب المعاقل حيث
صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الي الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني
انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم
مراقبته فخصوا بالضم اليه قوله ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية
قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا اخره انتهى اقول يريد
بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من
الدليل على ان يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم و
المذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول واما ثانيا فلانه جعل قول
المص فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت
فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المص ولان الغنم بالغرم بالنظر الي
الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على انا لو
جعلنا قول المص ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا آل المعنى الي انه انما
يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فادى الي الدور كما لا يخفى فالصواب
عندي ان قول المص ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث

معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى بازالة الرق فكانه قال لانه
احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يلزم عقله
يرث ماله كان قوله فما سبائي ومات معتق لابنه حمزة الخ معطوف
على قوله لما رويناه معنى كما صرح به الشارح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا
اكثر من ان تحصى **قوله** واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة
الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل
عنه ابدا بهذا اللفظ القدوري قال المص في تعليله لانه عتق على معتق الام
مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وقال الشراح انما صار الحمل معتقا
مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع اجزائها
والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما
ذكروا ههنا وبين ما ذكره المص في كتاب العتاق فانه قال هناك وان
اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها انتهى والظاهر منه ان يصير الحمل
معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتامل في التوفيق **قوله** فان اعتق الاب
جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب قال في الكافي فان قيل
الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب ان لا
ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه فقدم عليه كما نقول
في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه و
لكن يقدم عليه انتهى وذكر في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا
عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب اشكال وهو انه لو لم ينفسخ الولاء
بل قدم عليه ولاء اولى منه في الارث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع
موالي الاب بعد انتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال في العصبة

الادنى

الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن وللاب ولم يروى
عن احد ان يرث موالي الام بالولاء في حال بعد ان انتقل عنهم الولاء بالجر
قوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق الى آخره قال
صاحبا النهاية ومعراج الدراية قول المص هذا يتعلق بقوله فاذا صار اهلا الى آخره ح
عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم اعتق الاب
يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة
المعتدة عن موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان
كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي
امه وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته
من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطي بعده واما
اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الحمل
موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وادى صاحب العناية
ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونوقض قوله
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت
الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام لم ينتقل عنهم وان اعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية
ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت
وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي وكذلك بعد الطلاق
الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل

ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب
واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته
الى ما بعد ذلك اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق
فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى اقول
مدار كلامهم كلهم على ان يكون قول المص بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة
عن موت او طلاق الخ متعلقا بقوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه لكنه
محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا لموالي الام
ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته اهلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم
عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام
في صورة ان اعتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في
الميت فلا يتصور في ماتيك الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض
راسا على قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه حتى يحتاج الى دفعه بقوله
بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة
اصلا بمسئلة انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا
اعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع عتق الاب بعد
عتق الام فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تدارك
دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى ايضا
بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امراة مكاتب
فمات عن وفاء فادى الى تاخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا
لا يتم التاخر فيما قاله ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب ان في
المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب

الجمهور وهو انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته فعلى هذا يتعين تقدم عتق
الاب على عتق الام فيما صورة ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو
انه يعتق بعد الموت وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل
الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما صوره
اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امراته المعتدة عن موته حتى يتاخر
عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما
اعتقت امراته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب
البعض فتامل قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى • لانه
لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى أَوَمن
كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فصار هذا الولد كانه لا اب له
فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول فيه

شيء وهو انه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما
هو الظاهر من قولهم لان الرق من اثر الكفر والكفر موت حكمي يرد
عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر
الولاء لهم بعد موته اذ عند حيوته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك
انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من
قولهم فصار هذا الولد كانه لا اب له يتجه عليه انه يلزم ح ان لا يرث
من هذا الولد من ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد
والجدات على ان يبقى ابوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب تقديره ح
على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب
الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقيق لا يحجب من هو

ابعد من عند امتنا جميعًا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان
يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبدًا لانه لا اهلية له لرقه كما مر فما لم يحصل
الاهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء لا له ولا لمواليه سواء كان حيا او
ميتا قوله ولهما ان ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الاحكام حتى اعتبر
الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم
يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف اقول
لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة
مقدمين في الارث على العصبات النسبية لاولادها بل على اصحاب الفرائض
لهم اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب الفرائض
بالقرابة النسبية واذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض
ولاء العتاقة يرى ان لا يعارض احد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء
كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة
وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر
في كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان موالي العتاقة مطلقا
مؤخرون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما يقدمون
على ذوي الارحام فليتأمل في التوجيه **فصل في ولاء الموالاة**
اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل
للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان للمولى فيه ان
ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء
الموالاة احياء اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث
وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء

الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي ومالك واحمد ثم
ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء و
تفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد رجل
فيقول للذي اسلم على يده او لغيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك و
ان جنيت فعقله عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية
وذلك شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب الى غيره اما نسبة
غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد
وقد عقل عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان
الشريطة الاولى تغني عن الشريطة الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب
فيظهر باشتراط كون الموالي مجهول النسب اشتراط ان لا يكون عربيا الا ان
يكون ذكر الثالثة استقلالا من قبيل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه
ان اريد حصر شرائط الولاء في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد
في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث والعقل كما صرح
به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب و
صرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها
ان يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث قال وله شرائط
وعد منها ان يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث
يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثا ولا
يكون للسوال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما
وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السوال راسا فلا يحتاج
الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الاعلى وحريته

قال صاحب الاصلاح والايضاح وشرطه
ان يكون حرا غير عربي ويتضمن هذا عدم
كونه معتقا ولذلك اكتفى صاحب الهداية
بذكره انتهى اقول لا نسلم تضمن اشتراط
ان يكون حرا غير عربي عدم كونه معتقا
فان الحر الغير العربي قد يكون حرا بالاعتاق
وقد يكون حر الاصل ثم لا نسلم اكتفاء
صاحب الهداية بذكر ذلك بل ذكر عدم
كونه معتقا على الاستقلال حيث قال
ليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا

فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط قلنا اجيب بان المذكورة
انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما
هو نادر فلم نذكره انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته
ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا نشك ان
عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الايجاب
والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن
له مولاه في القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط
وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم نذكره ثم ان في تقرير
السؤال ايضا خلل فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد عقل
الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب
بدون العقل كما لا يتصور القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث
قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقدين اذ لا صحة للايجاب والقبول
بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته
مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى
لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو اذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله
اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وايضا لا وجه لترك ذكر
البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص
عليه في المبسوط والبدائع مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة
الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ فان الصبي قد يكون عاقلا فلم
يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله ولا بد
من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشار به الى ما ذكره القدوري

وذكر في النهاية ايضا مثله في باب الفصل

[illegible]

مع اشتراط العقل

في مختصره

في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه وقد مر من
قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد
الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابرهيم النخعي اذا اسلم
الرجل على يدي رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل
عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف و
محمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف
عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول احدهما والينك والآخر قبلت
لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد
صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره و
والاه يوضحه قول صاحب التحفة وتفسير عقد الموالاة ان من اسلم على يدي
رجل وقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر
قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت
وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة انتهى كلام
صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره
لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله
عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما
هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه اذا اسلم
الرجل على يدي رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان
يقول احدهما واليتك والآخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل
نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا
لصحة العقد كما لا يخفى واما قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالا

فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان ان الاسلام على
بيع ليس بشرط في صحة عقد الموالاة لا ان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها
واما قول صاحب التحفة فلان محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل
انما هو قوله وكذلك اذا قال والى تك والآخر قبلت ويجوز ان يكون مراده
بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل مجموع
قوله انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على
عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة
وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون
عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال الايرى ان
لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه
غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشي من ذلك
عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته **قوله** الا انه يشترط في هذا ان يكون
بحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا اورد عليه بان سبب اشتراط حضرة
الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع
الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فما معنى اشتراط
توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه
بوجهين احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر
فان العقد كان بينهما وفي تفرد احدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه
ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه
جعل عقد الرجل العاقل البالغ كلا عقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم
كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط

وقد

وقد صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول
هذا الوجه محل الكلام فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر
من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ وانما مدخليته عدم علم الآخر بذلك الالزام
في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك
عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب
فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر ان علم الانسان
بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون
سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على
هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين في صورة
العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه
ما فيه فتامل وثانيهما ان فسخ احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن
اضرارا بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت الاسفل فيحسب
الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا
كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل ربما يعتق عبيدا على حسبان ان
عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى يجب العقل على الاسفل بدون علمه
فيتضرر كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة **اقول** هذا الوجه
في الجواب هو الصواب لان حاصله ان في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر
الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب ان هذا معقول المعنى
قوله لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لما ذا جعل صحة
العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول واجيب بان الولاء كالنسب
والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء

فوقنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة
الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط اقول
في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان
لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد
فادعياه يثبت نسبه منهما عندنا كما مر في باب الاستيلاد من كتاب العتاق
مدللا ومشروحا والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح
عقد الولاء مع الثاني بعد ان يصح مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان
بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن اين
يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول
ثم اقول يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام
ثابتا من انسان اولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب ولد الامة
المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما
اولا والآخر ثانيا فانما يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب
الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس في مجرد عدم صحة
اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب
لا في عدم صحة الانتقال من احدهما الى الآخر فانه امر آخر ناشئ من كون
الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا
يصح الانتقال فيه دون النسب فتامل

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة
لمناسبة ولاء العتاقة لان ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة
ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال

المخاطب

المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته
الى حله بالارث وكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من
حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن
حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر
يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم به الاهلية في
حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب
الا يرى انه متردد بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى
وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث
في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه
عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضاء
كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولك ان تختار من هذه
الثلث ايها شئت قلت وقد اختار المص عبارة المبسوط كما ترى
وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها واما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب انشاء الله تع
قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
مع بقاء اهليته قال صاحب العناية وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة
حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه
وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي
عدم الرضاء وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد
به اختياره فذلك انواع الاكراه الثلثة وموضعه اصول الفقه انتهى كلامه
اقول قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المص هذا عن سنن

الصواب • وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب • وان شئت
ما هو التحقيق في هذا المقام • فاستمع لما نتلو عليك من الكلام • فاعلم ان الشائع
المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع
يعدم الرضى ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل او بقطع عضو وهو الاكراه
الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب
او بقيد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا
الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلثة انواع
نوع يعدم الرضى ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضى ولا يفسد
الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهتم بحبس
(اي يغتم من)
ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي اهلية ولا يوجب وضع
الخطاب انتهى وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر
الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل
عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلثة المذكورة في الكتاب فال شمس
الائمة هو اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكانه لم يجعله من اقسام
الاكراه لعدم ترتب احكامه عليه الى هنا كلام صاحب الكشف اذا عرفت
هذا فقد ظهر لك ان ما ذكره المص هنا من معنى الاكراه هو ما ذكره
شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلثة
المذكورة في اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب
العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب الكشف
وان وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام

الاكراه

الاكراه عليه فان الاكراه في عرف الشرع ما يترتب عليه احكامه وانكشف
عندك ايضا سر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط
فان المقصود بالبيان في الكتب الشرعية احوال الاكراه الذي يترتب
عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المص
هنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه اما اولا فلانه
جعل قول المص فينتفي به رضاه اعم من ان يكون مع فساد اختيار او مع عدمه
مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول
المصنف او يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضاء ولا معنى له لانه
ان اراد انه بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك
فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضاء
لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضاء وان اراد انه اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا
كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك (لان يتحقق العدم ثبوت على ما تقرر في محله) اذ بتقدير لا يصير المعنى
او لا يفسد به اختياره وذلك بان يصح معه اختياره ولا شك ان صحة الاختيار
لا تستلزم نفي عدم الرضاء وهو ثبوت الرضاء لجواز ان يصح الاختيار و
ينعدم الرضاء كما في النوع الغير الملجئ من نوعي الاكراه على ما تقرر واما ثالثا فلانه
قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد به اختياره
وهو ايضا مختل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما في مقام
التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المص الاشارة الى الانواع الثلثة
للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تنفي الرضاء
بل تتحقق مع عدم الرضاء ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله
او يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه

ايضا صح

لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا ان يقال
تشرف الاختيار في مقابلة انتفاء الرضى يدل على بقاء الرضى في المقابل
فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي مسكة
ان المعنى الذي نسبه الشارح المزبور ههنا الى المص كان يحصل بان يقول
بدل قوله او يفسد به اختياره او لا يعني او لا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل
لمثل المص ان يترك ذاك اللفظ الاقصر الخالي عن التمحلات بالمرة
لو اراد افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح المزبور اليه ويختار بهذا
اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري
ان رتبة المص بمعزل عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه
بدون فساد اختياره بقرينة مقابلة قوله او يفسد به اختياره فان العام
اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على
الصلوات والصلوة الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه اشارة
الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجئ وقوله او يفسد به اختياره اشارة الى
النوع الآخر منهما وهو الملجئ فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا وانطبق لما في عامة
الكتب قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضى • اراد بهذه الاشياء
القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه اظهر من ان يخفى قد
خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المص بهذه الاشياء
يعني بالبيع واخواته ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره
به وهذا نظير سائر سقطاته في كتابه هذا قوله بخلاف ما اذا اكره بضرب
سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق
به الاكراه اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان آخر الكلام يناقض

اوله

اوله فانه قال في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم
او قيد يوم بخلاف ما فدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا
والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان ينبغي ان يقول بخلاف ما اذا ضرب
سوطا او حبس يوما او قيد يوما وقال في آخره فلا يتحقق به الاكراه
وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه في هاتيك الصور فتناقضا والجواب
ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه اللغوي وهو حمل
الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك
الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي
الذي يترتب عليه احكامه فلا تناقض ولك ان تقول التعبير بالاكراه
في قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما في قوله تعالى تعلم ما في نفسي و
لا اعلم ما في نفسك فح لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية
بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا قوله وكذا الاقرار حجة الخ قال في النهاية
والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء
بعدم الرضى فتفسد اي والاقرار ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء
وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق
وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول
الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من
شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فتفسد لا على قوله و
الاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضى فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء
بعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف
قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة

في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل
مستقل في حق فساد الاقرار بالاكراه غير مستمد بمقدمة من الدليل
السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية فالوجه ان يكون
معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد
بما ذكرناه كله تدبر ترشد قوله ومنهم من جعله باطل اعتبارا بالهازل
قال بعض الفضلاء مولانا السعدي لا يخفى عن من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون
المتكلم هازلا انتهى اقول لم نقل من جعله باطلا ان المتكلم به هازل حقيقة
حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل قال انه كالهازل بناء على ان المتكلم
بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم
هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم بلفظ العقد
هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا
ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه
قياسا على الهازل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشيئين المتغايرين
بحسب الذات المشتركين في العلة فصل قال اكثر الشراح
لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه
الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى اقول
فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد
ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه
او على عضو من اعضائه وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم
ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان
حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل

الفصل ليست كذلك لانه محظورة قبل الاكراه في حالة السعة قوله
حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك اقول في
قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر
في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان طرف
الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك
مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في
كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتأمل قوله ولا يسعه ان يصبر
على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم قال في العناية فان
قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب
ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد
ترتب قتل النفس المحترم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام
انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اريد به ان المباح ههنا حال كونه
مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى
طرفا فعله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار
تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل
واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة
قد يصير تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو
مسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان نحو اكل الميتة وشرب
الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك
ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا اذ في حالة الاختيار
يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان يجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلم

فيه اشارة الى انه يمكن ان يقال ليس
المراد بالاباحة ههنا ما هو المصطلح عليه
عند الفقهاء بل المراد بها مجرد جواز
الفعل وان لم يكن بطريق التساوي
فيشمل الفرض ولكن فيه ما فيه فتأمل منه

يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه
لا يقال سبب استوآء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم
يتناوله النص المحرم باستثنآء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة
لعدم استوآء الطرفين انما هو افضآء الترك فيه الى قتل النفس المحترم او الى
قطع العضو المحترم فلا استحالة في اجتماع استوآء الطرفين وعدم استوائهما
فيه في حالة واحدة لانا نقول استوآء الطرفين وعدم استوائهما متنافقان
قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سوآء كانا مستندين
الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في
شرح المواقف من مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد
بالشخص لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل
واحدة منهما لما هو علية بها له ومنشأ عدم الاحتياج اليها علية الاخرى له فلا
استحالة في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم
احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سوآء كانا مستندين الى سبب
واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررنا ما في كلام بعض الفضلآء
ايضا في هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل قوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة قال شارح الشريعة هذا جواب اشكال كانه يقول اذا ثبت
اباحة ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب بانه
يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه
انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة
ان كلام المص هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا ممانعة
للعلم في ان لا يأثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم

ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما صح

الانسان بتركه وان علم اباحة بل بالعلم بالاباحة ينكشف عدم الاثم في تركه
فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
عما يقال اذا ثبت اباحة ينبغي ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح
فالوجه ان قول المص هذا انما هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك
الاكل في مسئلتنا هذه على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة و
اما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال هذا لبنآء
على الخفآء قوله فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله
عليه السلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانينة القلب
لا الى اجرآء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعمه البعض لان ادنى درجات الامر
الاباحة فيلزم ان يكون اجرآء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا ينكشف
حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام
واورد عليه بعض الفضلآء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص
مولانا السعد
قال العلامة النسفي في اول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشيء لا ينفي
الحظر فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالحنث
في اليمين وقطع الصلوة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون هنا كذلك
انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر
حقيقة هو الاباحة وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من
قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم
نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة
دون اجرآء كلمة الكفر كما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا اي عد الى
طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم

ليس صح

بخبر فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يامر بالتكلم بكلمة الكفر
الى هنا كلامه قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام
التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب
العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه
ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه
هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان
التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه
فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى
كلامه اقول في تقريره خلل اما اولا فلان قوله لان التكرار ليس
بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار
لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده
كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طريانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر
وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها لا يضاد الاقرار
طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة
الاكراه وهو اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة
فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كلام الناسي وجوده بمنزلة
العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيستلزم المصادرة واما ثانيا فلان
قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما يشعر
بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا اصلا وليس كذلك اذ لولا فوت حقه تعالى
حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولما تم قول المص فيما سياتي
ولان الحرمة باقية اذ الظاهر ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى

بدون

بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام
في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا وان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل
هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر صورة ومعنى في حالة الاختيار كما صرح
به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة الاكراه
فيسعه الميل اليه عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته ابدا قوله
ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء
واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان من قوله من كفر بالله بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة
وشرب الخمر واجيب بان في الآية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله
من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على
لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة
نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم
العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود و
الحكم متاخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب
وهو الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه
في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال
والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع
التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما
مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخيره كما في المثال
المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل

قال بعض الفضلاء وانت خبير بان اعتبار
التقديم والتاخير خلاف الظاهر لا يصار
اليه الا لدليل انتهى اقول دليل اعتبار
التقديم والتاخير في نظم الآية الكريمة
مذكور في التفاسير فعليك بمراجعتها
منه

فيما نحن فيه على ذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا فانه يصح
ان يختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا اذ يجوز ان يراد
بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا
فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب
مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما
ومعنى وحكما دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما
تقرر ذلك كله في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني
فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل
وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة
قوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تاخره ممنوع بل
السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان
يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم
بمجرد السبب وهذا ايضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى
السبب الشرعي فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور
في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق
لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تاخر الحكم هناك
لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على انه
يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد ان نفي حكمه
وهو الغضب فان خبيبا رضي الله تعالى عنه لما اكره على اظهار كلمة الكفر
فصبر ولم يظهر ما حتى قتل مدحه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء
وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم يبق الحرمة ابدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على

ما توعد به

ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح
في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهي حرام فيلزم ان يأثم بذلك
كما في حالة المخمصة على ما مر **قوله** ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه
من حيث الاتلاف فانضاف اليه قال في العناية ومنع صلاحيته لذلك لان
الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة في حق التلفظ فكذا
في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه
والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة
الى الاتلاف دون التلفظ انتهى اقول فيه نظر لان الانفكاك في اعتاق
الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا
ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو
ان يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق
الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال
فيه تامل فان الذي يهمنا ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما اذا ورث
القريب انتهى اقول لكن فيه ايضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث
القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرح به قاطبة وقد مر في كتاب
الولاء مفصلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل
بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم اقول لا فائدة لحديث الانفكاك
اصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ
امر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي
شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي
في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية في حق التلفظ عدم

صلاحيته لها في حق ما ثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيته لها
في حق التلفظ لعلة امتناع التكلم بلسان الغير وهي غير متحققة في حق ما ثبت
في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان ياخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه
كما مر جوابه فيما مر قوله فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان
اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي
ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض
كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان
العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه
حصل للمكره عوض او كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا اتلفها مكرهها
لان منافعه تعد مالا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب
الا يرى ان شاهدي الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح اقول
هذا الجواب يشكل بما لو اكره على ذي رحم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع
هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص
عليه في البدائع ولا يذهب عليك ان صلة الرحم ليست بمال كالولاء اما
حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم يقل به احد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول
فتامل قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى
الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض اذا اعتق
عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن
اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في
الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل ذلك بخلاف ما
اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية

لتعلق

لتعلق حق الغير وهو المرتهن به انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية
على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح
تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير
ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن
على اعتاقه وهو معسر فحينئذ يجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن
برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله
غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق
حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه
على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو
معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار
ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبده المرهون فعل يقدر على ايفاء
حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له ان يضمنه ايا كان كما ذكر
في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب
العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره
لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة
الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينها وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين
المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغائرتان
لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة
واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الخ ليس بسديد فانه يشعر المخالفة ايضا
بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه
كما لا يخفى وايضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنتقض بها

ما ذهب اليه ابو حنيفة رح من ان السعاية انما تجب على العبد للتخريج
الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية فى تلك الصورة لما ذكر وان العبد قد خرج
الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة
وصاحب العناية وغيرهم فى ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف
على مذهب ابى حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فمنتقض بما اذا اعتق
المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه
ولا حق لاحد فيه فيزاد لهما فى التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تامل تفهم **قوله** و
ان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابى حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد • وجه قولهما ان المعتبر فى الاكراه
كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر
وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته
فهو ذو اناة فى امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيتعجل فى
الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه اذ ليس
فوقه من يلتجئ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق
فى موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم فلا يسقط به الحد كذا فى العناية و
النهاية وهو المطابق لما ذكره المص فى كتاب الحدود **اقول** يتجه على التوجيه
المذكور من قبل ابى حنيفة رح ان يقال ندرة ذلك مم كيف ووقوع ظفر
اللصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما
فى المواضع النائية عن العمران اكثر من ان يحصى ولئن سلم الندرة فان لا
يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات من الحدود وسيما فى حد الزنا كما
نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان مجرد الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق

الندرة قال فى غاية البيان فى هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا
جاء من غير السلطان ما يأتى من السلطان فى موضع لا مدفع له عادة وفى
مثل هذا السلطان وغيره سواء الا يرى انه لو كان فى غير المصر اعتبر بالاجماع
ولابى حنيفة ان هذا انما لا يغلب عادة اذا كان فى المصر لان الظاهر انه
يلحقه الغوث من الناس او من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى
لو كان فى موضع يغلب كما فى غير المصر يعتبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين
فى شرح الكافى انتهى **اقول** على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة
ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه
على حاله ثم **اقول** اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات
فى ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على
تحقيق ما هدد به عندهما تماما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان
فى غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتامل فى عبارة الكتاب وتتبع
سائر المعتبرات قال الامام قاضى خان فى اول كتاب الاكراه لا يتحقق
الا من السلطان فى قول ابى حنيفة رح وفى قول صاحبيه يتحقق من كل
متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال فى الذخيرة
والمحيط البرهانى ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند
ابى حنيفة وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجئ من السلطان فهو اكراه
صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور فى مسئلة الزنا وصورتها
غير السلطان اذا اكره رجلا على الزنا فعلى قول ابى حنيفة رح يجب الحد
على الزانى لانه باشر الزنا طوعا فاكراه غير السلطان واكراه السلطان
سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف فى الزنا وغيره من الاحكام

وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض
من لحقنا ان الخلاف بينهم فى الزنا
خاصة وانما فى غيره صح

ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم
قالوا هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد
الابدي لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت
البينونة بالشك قال صاحب العناية ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما
ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل
وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك
لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة
الترجمة فلا يثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب
على ذي فطرة سليمة ان ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان
في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد في الاول
واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد
الكفر فاتحد انما معنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرهما
في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المص دليلين ايضا لان الواقع في كلام المص
هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى قوله فالقول له استحسانا لان اللفظ
غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل
فكان القول له قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان ان
اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث
الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة
عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد
المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على
التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول

قوله

قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد
المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد
في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ ههنا
وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا وانما هي اي الفرقة اثر لازم
لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت
التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة
فصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغائرة للحقيقة والمجاز على ما عرف
في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى
الحقيقي الى اي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتتم
مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف و
الاصطلاح بالكلية يأباه جدا قوله من قبيل يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث
الحقيقة فتامل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب
النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة
غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على
عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى قوله بخلاف
الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين
لانه يعلو ولا يعلى قال صاحب العناية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام
ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رح ان الايمان هو التصديق
والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه
فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى اقول فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب
كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي مع تمشيه على

المذهبين معاً بل نسبته على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام
لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه
فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق احد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء
الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق
وكان الاقرار شرطا لاجراء الاحكام فانه على هذا لا يتحقق شيء من ركني
الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة
الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء
احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب
الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير ان يكون الاقرار ركنا من الايمان
يلزم ان يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه ينتفي الاقرار اذ ذاك
وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار
ركن من الايمان لم يقل انه ركن اصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد و
التصديق ركن اصلي وفسر معنى كونه ركنا زائدا بان الشارع اعتبره
في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر
المركب موجودا حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا الظهر
تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب ايضا في حالي الاكراه على الاسلام والاكراه
على الكفر كما لا يخفى تامل تعرف

كتاب الحجر

اورد الحجر
عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب
الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار
صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في الشروح ومن
محاسن الحجر ان فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي امر

الديانة والآخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الورى
وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الراي والنهى ومنهم اعلام الهدى و
مصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات
الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فاثبت
الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر
يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي
والرقيق اما الصبي ففي اول احواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فيما هو المتوقع
من ضررهما يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره
لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه
عادة فيسد باب التصرف على الرقيق بالحجر لرعاية نظر المولى ثم ان الحجر في
اللغة هو المنع فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع
عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في
النهاية والعناية اقول فيه قصور اما اولا فلان الحجر في الشريعة
ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه
ما سياتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون
توجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر
في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري
المفلس محجور عليه ايضا بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون ايضا بالاتفاق
محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات
وسياتي في الكتاب شيء منها فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير و
الرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجملة في التعريف المزبور تقصير

من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع وفي
الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه
تدارك للمحذور الاول ولكن بقي المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى
ما ذكر في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة المنع مصدر حجر عليه وشرعا
منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر باي
سبب كان انتهى تدبر قوله الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون
هذه الثلثة بالاتفاق والحق بها الشق منها ثلثة اخرى بالاتفاق ايضا وهي
المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وامّا حجر المديون والسفيه
بعد ما بلغ رشيدا فعلى قول ابي يوسف ومحمد رحمهما كذا في الشروح اقول
قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتة في الجنون وجعل
الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب
الاصول على جعل العتة قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية و
مخالفا له في اكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول
وهذا من النوادر قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال اي
هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال
حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضر كالبيع والشري
بطريق العموم بين الصغر والجنون والعبد واوجب الحجر من الاصل بالاعدام
في حكم اقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير والجنون دون
العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية
في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون توجب
الحجر في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشرا اي هذه

المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والجنون والعبد
واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل
في حق الصغير والجنون دون العبد واما ما تمحض منها نفعا كقبول الهبة و
الهدية والصدقة فانه لا حجر فيه على العموم انتهى كلامه اقول خصص
الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسئلة الكتاب بالاقوال المترددة
بين النفع والضر حيث قال يعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشرا
فلما خرج حينئذ عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا وكان فائدة اخراج
الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه اصلا دون فائدة اخراج الثاني لثبوت
الحجر فيه ايضا في حق الصغير والجنون خصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث
قال اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير
والجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص
فيما يتمحض ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله واما ما يتمحض منها ضررا
كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير
والجنون دون العبد ولا تذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها
لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذاك محذوران احدهما انه على
ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير مآل معنى هذه المسئلة
وهي قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة الثانية
وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده
فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا
يكون في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال
وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتمحض ضررا من الاقوال كالطلاق

والعتاق والاقرار في المسائل المتنوعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني
الثلثة توجب الحجر في الاقوال وقد ادرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما
بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا
على الاصل المذكور وقد وقع التصريح بهذا التفريع في مختصر القدوري في قوله
فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
بعد قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال فتعين
التفريع بنفس عبارته فالوجه عندي ان اللام في الاقوال في قوله توجب
الحجر في الاقوال للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال
ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر
وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج
هذا القسم اعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور بل
هذا القسم ايضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع
المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا
لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها فصار الاصل
المزبور مجملا وما فرع عليه من المسائل مبينا له فما جعل في تلك المسائل مما يحجر
فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تامل تقف **قوله** بخلاف الافعال لان اعتبارها موجودة
بالشرع والقصد من شرطه **اقول** فيه اشكال لان الطلاق والعتاق و
العفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان
القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا
وكذا اعتاق الحر العاقل البالغ هازلا وكذا يمينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في

الشرع

الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع
ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم
الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط
اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين احدهما
ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات
عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم
بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة
والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد
من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا
فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن
تبديلها انتهى **اقول** في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلانه غير
متمش في الانشاءات من الاقوال كالبيع والهبة والتطليق والاعتاق ونحوها
فان الانشاءات ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال
المعتبرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاءات فلا
يتم التقريب واما في الثاني فلانه منتقض بما يساوي فيه الجد والهزل من
الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما تدبر تفهم **قوله** والصبي والمجنون لا يصح
عقودهما ولا اقرارهما الى آخره. اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في
قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد المسئلة
تفريعا على الاصل المذكور وهو ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن
الاقوال لتتناول القوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال
بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب

مولانا السعدي

لا يحتاج الي تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المص عن وصمة التكرار انتهى
وقد اخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال اراد بقوله لا
يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف
علي اجازة الولي الا يري الي ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هولاء شيئا
وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد بقوله
الصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون الذي لا يفيق اصلا فح يجري قوله ولا يصح
علي ظاهره انتهى كلامه **اقول** لا مساغ لذلك الاحتمال لان حمل الصبي و
المجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما علي الصبي الغير العاقل
والمجنون المغلوب فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف
اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل علي الجنس في قاعدة اهل العربية وعلي
الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فههنا الصبي الغير
العاقل والمجنون المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد بالصبي و
المجنون المذكورين ههنا جنسهما او جميع افرادهما علي احدى القاعدتين لا
حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد بهما
ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون
الغير المغلوب الذي هو المعتوه ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة
في كتاب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا
الكتاب فيلزم ان تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده ولا يذهب عليك في
وهمك انها تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون
المغلوب اقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما علي
عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى **قوله** والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف

للصبي

علي المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي علي عدم التوافق علي
اعتبار بلوغه حد الشهوة **قال** صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق
يتمحض مضرة لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار
موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له علي المصلحة في الطلاق
بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف علي
العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له
بذلك والولي وان امكن ان يقف علي مصلحته في الحال لكن لا وقوف له
علي عدم التوافق علي اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه **اقول**
فيه بحث **اما اولا** فلان جعله الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح
به نفسه وسائر الشراح من انه مما يتمحض ضررا اللهم الا ان يحمل كلامه ههنا علي
التنزل والتسليم فتامل **واما ثانيا** فلانه ان اراد بالمصلحة في قوله والولي
وان امكن ان يقف علي مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم
لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له علي المصلحة في
الطلاق يلزم ان لا يتم قوله وان امكن ان يقف علي مصلحته في الحال لان علة
عدم الوقوف علي مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما افصح
عنه المص والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي علي تلك المصلحة
فعند تقررها تلك العلة كيف يمكن للولي ان يقف علي تلك المصلحة وان
اراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها لغوا في اثبات
ما نحن فيه كما لا يخفى **باب الحجر للفساد** اخر هذا الباب
لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب
والسماوي في التاثير اقوى فكان بالتقديم اولى ولان الحجر في الاول متفق عليه

وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه احري بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد
ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع و
العقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على
خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى اقول في تفسير كل من معنيي السفه (بمعناه الاصطلاحي ومعناه اللغوي)
على الوجه المذكور شيء اما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع قيام
العقل مشكل اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط
والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل
عليه الحجى واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير
المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول
من ابي حنيفة رحمه الله بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو
خلاف مقتضى الشرع عند احد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بان المراد
بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم
عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه فلا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما اوجبه
حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى
الشرع يجب ان ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه
بالسفه واما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية (متعلق بان ينهى) وان كان في نفس
التصرف في نفس مال المتصرف فهو امر آخر وراء ذلك لم يقل به ابو حنيفة
بناء على استدعائه ضررا اشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في
الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كلها مبنية
على قول ابي يوسف ومحمد رح لا على قول ابي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد
والسفه اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام بسديد فان اكثر مسائل

هذا الباب مما اتفق عليه ابو حنيفة وصاحباه كقوله وان اعتق عبدا نفذ
عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت
نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له وقوله وان تزوج امرأة
جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو طلقها قبل
الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على
اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان اراد حجة
الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله فان مرض
واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله
ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله وانما المسائل الخلافية بين ابي
حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب ثلث ثنتان منها مذكورتان في اول
الباب في الهداية والبداية احدهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة و
يحجر عندهما واخريهما مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا
وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي ح وان لم يؤنس منه الرشد وعندهما
لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منها مذكورة في آخر
الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة
عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة في المسئلتين الاوليين اصلا في
الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما
لا على قوله الا المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح
القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد
لا على قول ابي حنيفة ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب
هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول

ابي حنيفة فانه لا يري الحجر للفساد والسفه اصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى
قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا علي الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا
له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المص بقوله لانه مبذر
ماله بصرفه لا علي الوجه الذي يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه
نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى اقول تحريره غير مطابق للمشروح
اذ لا يخفى ان حاصل كلام المص هنا قياس السفيه علي الصبي قياسا فقهيا
في وجوب الحجر عليه نظرا له ويرشد اليه قطعا قوله قياسا من قبل
ابي حنيفة ولا يصح القياس علي منع المال ولا علي الصبي وقد قرره الشارح
المذكور علي القياس المنطقي حيث قدر الكبري الكلية وجعل قوله
فيحجر عليه نتيجة القياس كما تري ثم ان صاحبي النهاية والعناية قالا هذا
الدليل الذي ذكره المص انما يصح علي قول ابي يوسف ومحمد لا علي قول
الشافعي لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له و
قالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا
في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة
وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله
لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء كما افصح عنه صاحب العناية فيما مر
حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء علي تبذير المال واتلافه علي خلاف
مقتضي العقل والشرع واما كون المصلح في ماله اذا كان مفسدا في
دينه مسمي بالسفيه علي معناه الاصلي فلا يجدي نفعا ههنا اذ نحن بصدده
بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي حنيفة ويحجر
عليه عند ابي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في

في غيرهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من
ائمتنا كما سياتي في الكتاب قوله ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا
يحجر عليه اعتبارا بالرشيد قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل
ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا
والمطلق ينصرف الي الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات
المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط
بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادات
وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب
هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن
التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فح لا يتناول
قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه
هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المص شيء وهو ان
قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا
فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة قوله وقالا
لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح
عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته
بان يحمل الابد علي الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود
في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها علي المكث
الطويل فح لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى قوله ولابي حنيفة ان منع
المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعدها ظاهرا وغالبا الا يري انه
قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع قال صاحب



العنايه وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان
علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون
محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة
يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشر سنة واقل
مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع
فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت
المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخر
انتهى كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول في تقرير الوجه
الاول على ما ذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفه وادعاء
ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم ان يتخلف
المعلول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب
بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع تحقق السفه بعدها ايضا
ولا شك ان تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين
فيبقى ما بقي العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل ايضا
لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي في تقرير الوجه
الاول ان يقال لا نم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب
فاذا لم يبق المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها
فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد التاديب فلزم انتفاء
المعلول الذي هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على
هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم قوله ولان المنع باعتبار اثر الصبي
وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قبل الدفع معلق

بايناس

بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه واجيب بان الشرط يوجب
الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به ادنى ما ينطلق
عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فرعه
اصلا فكان متناهيا في الاصالة كذا في العناية وغيرها اقول في الجواب
بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي
رشده لحصول ذلك في المجنون ايضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه
لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمسا وعشرين
سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد اللهم الا ان يراد بالرشد هناك
الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تأمل تقف قوله لان
ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى
المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن
وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب
ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل والسفه
لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب
ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده
الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على الجواز والتوقف
بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى
اقول يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية ههنا على ان المص استدل
على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الى آخره اي استدل
على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف
للنظر له الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان

الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط وثما اتجه على اول
استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوقع الفصل
بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم قوله والاصل عندهما
ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا الى قوله والعتق
مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه قال في العناية وفيه بحث من اوجه الاول
ان السفيه لو حنث في يمينه واعتق رقبته لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي
او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه السلام ثلث جدهن
جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده
عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية
فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر اثر فيه والثالث ان التعليل
المذكور انما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده
اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن
الاول ان اقتضاء الحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف
يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذهما اضاعة
المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف في جميع ماله باليمين والحنث والنذر
وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام
وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى
اقول في الجواب عن الاول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث اما
اما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ
الكفارات والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث
الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف

يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ومالا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه
في الكفارات والنذر مع عدم تاثير الهزل في شيء منهما فما ذكر في الجواب
يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب عن الثاني فلان ما سيجيء
في الكتاب هو قول المص لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر
فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا
لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلهما كما هو حاصل البحث الثاني ايضا بل يقويه كما
عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث
الثالث والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث
قال فيه بحث اذ هذا المعنى لا يوجد في السفيه ولا بد من الاشتراك انتهى
اقول كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله والصحيح فيه راجع
الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل ههنا من الاشتراك في العلة و
هذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما
ان المعنى المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث
ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المذكور راجع الى حق الهازل في قوله لا في حق
الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل ان يقال لقصده اللعب به دون ما
وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفيه فقط فحينئذ لا يكون
لبحث ذلك القائل وجه كما لا يخفى قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس نوع رشد فيتناوله النكرة
المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدا منكر في موضع
الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا وجد رشدا ما
فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول تقرير دليل ائمتنا

في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول ابي
يوسف ومحمد في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مرّ مع
انه قد اونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فينبغي ان لا يحجر عليه ولاجل النكرة المطلقة فيجب
ان يدفع اليه ايضا ماله والظاهر في تقرير الاستدلال ائمتنا بالآية الكريمة المذكورة
ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط
حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا
كيلا تعمّ النكرة المطلقة اولان الدفع معلق بايناس رشد واحد لانه نكرة في
موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا الا انه حينئذ يكون معلقا برشدين
انتهى فتدبر قوله ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا
للتصرف اقول يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قولهما
لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو فيه اقوى فلزم ان يكون من
اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه
ابو حنيفة قوله ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة
وهو ان يغبن في التجارات الخ واعترض بانه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله
عليه وسلم فانه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له
قل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره واجيب
بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لانه
يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب
العناية بعد ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه
انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة والا لم
يفد المنع كما سبق من دليلهما انتهى اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بان الحجر

ابلغ

ابلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم الحجر على السفيه فاني يفهم
من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع
لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل ههنا والا لم يفد المنع كما سبق من
دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب
العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق
له البيوع كلها بالخيار فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس
ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده
الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار كالمحجور
في البيوع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي
ما قاله شيئا ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيوع المطلقة
اي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا ينفع لهما في دفع مادة الاعتراض ههنا
فان مذهب الامامين والشافعي ان يحجر القاضي على المغفل في بيوعه مطلقا
اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل في بيوعه التي شرط فيها
الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

فصل في حد البلوغ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح
انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا
الفصل لبيان ذلك قوله وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به
اقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن
به في بلوغ الصبي اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده من المدد دون اقل
ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود

لفظ العناية وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر وفيه تسامح لان حد الشيء منتهاه كما صرح به في كتب اللغة فقول لفظ العناية الى ان البلوغ في الاصطلاح انتهاء منتهى الصغر ولا يخفى ما فيه منه

الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا
في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة اشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو
اكثر ما قيل في اشده بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول هذا الاشكال
سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال
بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون في الاكثر دون العكس قلنا اول الاية و
لا تقربوا مال اليتيم الى قوله حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد
واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى اقصاه لا بد و
ان يمد الى ثماني عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى اقصاه فكانت ثماني
عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فيبنى الحكم عليه انتهى اقول في الجواب
نظر لان الاشد في الاية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما
يدل عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده فبمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثماني
عشرة في مده الى اقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة
منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما اذا امتد الحكم الى اقصاه
ايضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم تكن متيقنا
بها من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو
الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما
قيل فيه فيبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال في الكافي
بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو

الاصوب باب الحجر بسبب الدين

تلقيب هذا الباب
بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد انما على قولهما فقط كما قالوا في فصل
تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد من علم الفرائض

لان

لان ابا حنيفة لا يرى شيئا منهما واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك
اثباتا منهما ونفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب
الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد
فلا جرم اثر تاخيره عنه قوله قال ابو حنيفة رح لا احجر في الدين اذا وجبت ديون
على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لا احجر عليه لان في الحجر عليه اهدار
اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص قال صاحب العناية في هذا المقام وابو حنيفة
لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى
للادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك الاعلى للادنى لا يناسب
ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة ان يقال فلا يتحمل
الاعلى لدفع الادنى كما قاله المص في اوائل باب الحجر للفساد واشار اليه ههنا
بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب
وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى ثم اقول يمكن توجيه ما عليه النسخ
الان بوجوه الاول ان يجعل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على
اهلية المديون لا على اهدار اهليته وبالادنى على المال نفسه لا على ضرره بقرينة
اليه انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قاله المص ولا شك ان كون
اهدار اهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون اهليته اعلى اي اشرف
وكون المال ادنى اي اخس فان ضرر فوت الاشرف فوق ضرر فوت
الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الاتي وانما يكون الاول
اعلى ان لو كانا في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى
ضرر ايقابله قلت تطبيق ما في الموضعين في تعيين المراد غير لازم فان علو
نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا دناءة نفس

الحال ودناءة ضرره فجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية
ونفس الحال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في
كل من الموضعين كما لا يخفى على المتامل والثاني ان يحمل الترك المنفي في قوله
فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الاعلى للادنى
فلا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اي لاجل دفعه ومجيء الترك
بمعنى الابقاء واقع في التنزيل كقوله تعالى وتركنا عليه في الآخرين
اي ابقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث
يقولون نترك على حاله ووقع في كلام المص ايضا في هذا الباب
حيث قال ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي فان قلت
معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار
الاهلية تحقق اهدارها اولا اذ الابقاء فرع التحقق ومذهب ابي ح
ان لا يجوز اهدار اهلية الانسان راسا لان فيه الحاقه بالبهائم قلت
لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون الابقاء فرع التحقق انما
هو في الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن ان يلتزم الحمل على خلاف
المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في
قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم اهل
الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة فان
قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو
بعد النفي وثانيها بعد ان المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة و
رابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت
ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل

وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح
الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لا زائدة والا لكان عذرا
للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا
يرجعون وقال فقيل لا زائدة والمعنى ممتنع على اهل قرية قدرنا اهلاكهم
لكفرهم انهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى ان هذين
الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفى
بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو
قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال يترك الضرر الاعلى للضرر الادنى فان
ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه اشد واقبح منه ثم ان هذا
اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه ذلك
كما هو الظاهر ففساد المعنى اظهر اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى
لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك
قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند
فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند تيسر الضرر الادنى لوجوب
اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجيء اللام بمعنى
عند قد ذكره ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس
خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم
بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه بعد الوجوه
التي ذكرناها لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة
ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد
العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر

يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول اعلى لو كانا
في شخص واحد فالجواب ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة والحبس
ضرر يلحق المديون مجازاة شرعًا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الدائن
واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر الدائن انتهى كلام
اقول حاصل السؤال منع كون اهدار اهلية المديون اعلى ضررا
من ضرر الدائن مستندا بكونهما في شخصين دون شخص واحد وحاصل
الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان
السند ايضا تقريره ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من الحبس والحبس اعلى
ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من ضرر الدائن
بملاحظة مقدمة مقررة وهي ان الاعلى من الاعلى من الشيء اعلى من ذلك
الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي كون اهدار الاهلية اعلى ضررا
من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن
لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس اعلى
ضررا من ضرر الدائن نوع خفاء بينها الشارح المذكور اولا بما حاصله
ان ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس اعلى من ضرر الدائن لما
اندفع هذا بذاك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورها بلا بيان ثم اقول
في الجواب بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس
لا محالة في حيز المنع لجواز ان يختار المديون الحبس ابدا ولا يدفع حق
الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن واما ثانيا فلان الحبس لو كان
اعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند ابي حنيفة رح بناء على مقتضى
قوله لا يتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى كما هو الاساس في اثبات

مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابي
حنيفة ويمكن ان يجاب عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدي
مع قدرته على اداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا بغاية الندرة
ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس
ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء لظلم المديون
الدائن بالمماطلة وقد صرح المص في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون
الحبس جزاء المماطلة حيث قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور في اثناء
الجواب المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا
ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكره هذه المقدمة اثناء الجواب
والا فلا مدخل له اصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السؤال كما ظهر
من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية
مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به ايضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الذي هو
ادنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول ابي حنيفة لا يتحمل الاعلى لدفع
الادنى فان قلت هب ان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن
بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه
قول المص فيما بعد ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء
ودفعا لظلمه انتهى فبقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائلة ولو لم
يكن اعلى مما اندفع به ضرر الدائن لما اندفع ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة
لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا

فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الاعلي لدفع الادني بالحبس قلت المندفع
بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المص فيما بعد ودفعا لظلمه لا ظلمه الماضي
اذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل
الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي مع دفع
ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الدائن ايضا فلا ينتفي النقض بالنظر الي
مجازاة ظلمه الماضي كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلي من ظلمه مطلقا
ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الاعلي لدفع الادني قول على موجب
القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما مر جوابه في
فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الحجر بسبب الدين فانه لم
يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس قطعا لا يقال
الحجر بسبب الدين ايضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا ركبته ديون
فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص
كما ذكر في البدائع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب (كغاية البيان وشرح العيني) دليلا على
قول الامامين في هذه المسئلة لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب
ايضا عن قبل ابي حنيفة بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان
باذنه استعان بالنبي عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله
لا يجوز حتى بامره ويابى ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه ان يخالف امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي انه طلب من
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه
مقضيا ببركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين
فتعين ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال

من الاسرار

من الاسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب
ههنا اني قد ابتليت في زمن من الازمان بان امتحن مع بعض
من عد من الاهالي والاعيان لاجل بعض من المدارس في يوم واحد
من كتب ثلثة الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق على
ان يقع المبحث من هذا الكتاب في اول هذا الباب فكان استخراج
بعض من اصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول
صاحب العناية في الجواب ولو لم يكن اعلي ما اندفع به ضرر الدائن
وصلية فجعل كلمة اعلي مضافة اي كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة فبني على
هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين
اللذين كانا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه
جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل اصر عليه وراجع بعض الوزراء
واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع
النزاع وشاع الامر حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله
امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره قوله ولكن يجبره ابدا حتى يبيعه في دينه
اقول يرد على ظاهر عبارة المص ههنا ما اورده صاحب العناية على نظيرها
في اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظ
ويمكن توجيه عبارته ههنا ايضا بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان
الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي
دون الي فيصير معنى الكلام ولكن يجبره ابدا ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة
في الجمع اصلا اذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء
دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه امر

آخر ورآء المساحة في الجمع تأمل تقف قوله وقالا اذا طلب غرمآء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه اقول لقائل ان يقول لا يجب ان يكون
المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر علي الغني ايضا عندهما نظرا للغرمآء بل الحجر
بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس كما لا يخفي علي
الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة يخل بحق المقام لا يقال قد ذكر في
النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة ان من مشائخنا من قال مسئلة
الحجر بسبب الدين بناء علي مسئلة القضاء بالافلاس حتي لو حجر عليه
ابتدآء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بلا خلاف والافلاس
عندهما يتحقق في حالة الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس و بالحجر بناء
عليه وعند ابي حنيفة الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء
بالافلاس اوّلا وبالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتداة
فعلي هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر
بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس انتهي فيجوز ان يكون ذكر المفلس
في وضع المسئلة في الكتاب بناء علي اختيار قول من قال مسئلة الحجر
بسبب الدين بناء علي مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في
الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرير دليلها
كقوله في مذهب ابي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع
حجر وقوله في مذهبهما لانه عساه يلجي ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا
وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل
قطعا علي ان ليس مدار ما في الكتاب علي اختيار قول من قال مسئلة
الحجر بناء علي مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء بالافلاس لا يتصور فيما

اذا ظهر

اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل
مدار ما في الكتاب علي اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتداة
غير مبنية علي مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفي فالجواب ان يقال ليس
المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرمآء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل
المراد به اما من يدعي الافلاس فيتناول الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون
الذي لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من
حاله حال المفلس ولا شك ان الغني الذي لا يؤدي دينه حاله في عدم ادآء
الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة قوله و
يمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتي لا يضر بالغرمآء اقول وجه
ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف
ايضا غير واضح والعهدة في ذلك علي القدوري لان هذه العبارة عبارة
القدوري والمص معبر عنه ولكنه لو اصلحها بتصرف لكان اصلح كما لا يخفي
قوله وهذا عند ابي حنيفة استحسانا قال كثير من الشراح انما خص
ابا حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد علي قوله
لانه كان لا يجوز بيع القاضي علي المديون في العروض فكان ينبغي ان لا
يجوز في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهي اقول
ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المص وهذا عند ابي حنيفة بدون
ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام
المص فقد كان ذلك مخصوصا بابي حنيفة في الحقيقة فان كون جواز
بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول ابي حنيفة رح

وهم صاحب النهاية وصاحب العناية وصاحب معراج الدراية والشيخ العيني

فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار
تدبر قوله بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية والكفاية والعناية قوله بخلاف
الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني انه اذا استهلك
مال الغير في حالة الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه
اسوة للغرماء انتهى كلامهم اقول في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة
استهلاك مال الغير ليست المواخذة بضمانه متقدمة على قضاء الديون
كما يوهمه قولهم يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المواخذة بذلك مع
قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان المتلف عليه اسوة لسائر
الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك
اول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية
حيث قال في شرح قول المص بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف
عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى او ما ذكره صاحب غاية البيان حيث
قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه
اسوة لسائر الغرماء انتهى قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار اقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر نظيره
بل عدم ارادة الحقيقة ههنا اظهر لان قوله من ماله يابى ارادتها قطعا
وعن هذا وقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس
في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين اللذين ذكرناهما
فيما مر من قبل فتذكر قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر

لسائر صح

والكفالة

والكفالة انتهى وقد ترك المص في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر
لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان من المص عند كتب هذه المسئلة
في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية
قوله الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له قوله الى
ان قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدوري
في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك ان اقام
البينة انه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المص لمراد القدوري
بقوله وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له وقوله لوجوب النظرة
الى الميسرة تعليل لذلك واقول كان الاولى والاظهر ان يقدم
المص قوله الى ان قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في
كتاب ادب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء نقل كلام القدوري
فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف
للمفلس مال او ان يترك قوله الى ان قال ويقول قال وكذلك ان اقام
البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا
كنظائره ولا يكون قلقا كما ذكره نبتر تنعهم قوله ويأخذون فضل كسبه
يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة اقول لقائل ان يقول
هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة
انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعي وجوب
القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصة كل واحد منهم
من الدين بل يوهم لزوم الاستواء فيما اخذوه وتمام المدعى ههنا وجوب
القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل قوله لانه يحجر

كل واحد صح

اقول كان لفظ مختصر القدوري والبداية ههنا هكذا
وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول
لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل
في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه
بعقد كالمهر والكفالة
صح

كان المذكور في مختصر القدوري
والبداية وان لم يعرف بالواو
فبدله المص في الهداية بالفاء
كما ترى منه

المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم
المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة قال صاحب العناية
في تقرير هذا المحل لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن
يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد
معاوضة ومن قضيته المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما
انه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة اي العجز عن التسليم
وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتامل انتهى
اقول ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون علة
جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة
والا لزم ان يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة ايضا
ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة
وهو الوجه لبيان المص صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن
قضيته المساواة ليس مما تفرد به صاحب العناية بل اطبقت على التصريح
به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام
الزيلعي وغيرهم **كتاب المأذون** ايراد كتاب
المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر
فلما ترتبا وجودا ترتبا ايضا ذكرا رعاية للتناسب **قوله** الاذن الاعلام
لغة اقول لم ار قط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الاذن
بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب
اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن

اجدهم

لغة بالاعلام كما ذكره المص ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن
من اذن له في الشيء اذنا اي اباحه كما صرح به في القاموس بما يلازمه
عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الايماء اليه ما ذكره صاحب النهاية
حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما
اللغة فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقه
فيما حجر عنه من اذن له في الشيء اذنا انتهى ثم ان من المستبعد ههنا
ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام
ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان
الاذن هو الاعلام قال الله واذان من الله ورسوله اي اعلام انتهى فان
مدار ما ذكراه اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى احدهما على
معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق
لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء اي شيء كان انتهى
قوله وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا قال في غاية
البيان يعني ان العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له
المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية اي اذن المولى لعبده في
التجارة اسقاط لحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل اذنه وبالاذن اسقط حق نفسه عنده انتهى وقال في
العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي
كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى وقال

اي التجويز والتخلية

تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق
الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق ويتعلق الديون
بهما انتهى وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق
المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى
وانه بالاذن اسقط حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق
المولى وقد افصح عنه المص فيما بعد حيث قال والحجارة عن التصرف لحق
المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك
مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب
الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لا حق المولى لانه مع
اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك
يأخذ من كسبه جبرا على ما سيأتي والمسقط هو المولى ان كان الماذون
رقيقا والولي ان كان صبيا انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا
فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه
لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع
حق هو منع عن التصرف على ان تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق
هو للمولى على ان تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب ان الحق الذي هو
منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قطعا واما ثانيا
فلانه ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا
فممنوع كيف وسيأتي انه اذا لزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت
بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه
ورقبته جميعا لا محالة وان اراد بذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم يحط بهما

ديون فمسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى
الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك
يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى
البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن
العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب الماذون بيان اذن العبد
وانما يبين فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون مدار
ما ذكر من تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في
كتاب الماذون ثم ان صاحب النهاية قال واما حكمه فما هو التفسير
الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا
الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في
التجارة فك الحجر عن التجارة وقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح
والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثره الامام الزيلعي حيث قال
في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول
كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء
على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار
اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا
يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه
لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطأة ثم اقول
ليس المذكور في الذخيرة وغيرها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور
فيها هكذا واما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت
بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت

وبهذا يحصل الجواب ايضا عما قاله
بعض الفضلاء في حواشي هذا الكتاب
ولا يخفى عليك ان اذن الصبي و
المعتوه ليس فيه اسقاط الحق و
سيجيء تفصيله انتهى منه

به والثابت في الاذن بالتجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان يكون
المراد بفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤل الى معنى
انفكاك الحجر ويصير صفة الحجر ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير
الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للآذن فيصح ان يكون
المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك
اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن
ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه
فلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه
ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت
بالشيء والثابت بالاذن ما قلناه فكان حكما له الى هنا كلامه قوله
والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف
وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات
الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس باهل لذلك فلا يكون اهلا لسببه
اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان
استحقاق ملك اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع
الرق اهل للحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها ملك اليد
فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فما هو الحكم الاصلي
يثبت للعبد وما وراء ذلك تخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى
شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اختار البائع البيع يثبت ملك
العين للوارث على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث

بعضه

بعضه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب الاصول
اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقيق له ملك اليد باهليته الاصلية
الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم يشكل ما تقرر عندهم من ان المكاتب
مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك
له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا ليده فكيف يكون مملوكا لمولاه
يدا في صورة ان كان قنا او مدبرا وان ارادوا ان له ملك اليد باهليته
المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المص
وغيره صريح في ان اصل اصحابنا ان العبد المأذون له متصرف لنفسه باهليته
الاصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه قوله
ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى قال في العناية صحح المص كونه
يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى
وهذا لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له
حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته
بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته
خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى
فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا
لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل
ما ذكره صاحب النهاية ناقلا عن الذخيرة اقول يرد على ظاهر
قوله لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له
حتى يبيع انه لا يلزم من ان لا يكون له مال يبيعه ان يكون اول تصرفه الشراء
لجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او اجارة نفسه فانه يملك كل واحد

من ذلك التصرف فاين كما سياتي في الكتاب ولا يقتضي شيئ منهما ان يكون له
مال كما لا يخفى ويمكن ان يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في
التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى ان الاصل في التجارة هو البيع
والشراء كما سياتي التصريح به من المص وانهما هما الغالب وقوعا في باب
التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد الماذون في اول تصرفه مال
يبيعه تعين له الشراء ثم **و** قال بعض الفضلاء في حاشيته على قول
صاحب العناية لان اول تصرف بمباشرة العبد الماذون الشراء
بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة
نفسه غير جائزة عنده في احد قوليه على ما يجيئ انتهى اقول في كل
من ايراده وجوابه سماجة اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره
مواجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول
تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه خطاء على ما ذكر
في الكافي والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجار نفسه
كما قلت فيما مر واما في الثاني فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد الماذون
له يتصرف بعد الاذن لنفسه باهليته لا بصدد الجواب تمام قاله الخصم بل لم
يقع التصريح من المص ههنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة
المذكورة على مذهب الخصم في احد قوليه دون مذهبنا على انها لو حملت
على مذهب الخصم لم تسلم ايضا لجواز ان يكون اول تصرف يباشره
اخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على
مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير **قوله** ولهذا لا يقبل
التاقيت قال صاحب العناية وصحح المص كونه اسقاطا عندنا بقوله

ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق
مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من
وجهين احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه
عندنا موصوف بذلك كما اشرنا اليه والثاني ان حكمه الشرعي هو تعريفه
فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا
انتهى كلامه **اقول** في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان
تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا موصوف بذلك عين الاستدلال فان
ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله
انه ليس باستدلال واما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه
مما لا يكاد يصح لان حكم الشيئ ما هو خارج عنه مباين له وان كان اثرا
مترتبا عليه وتعريف الشيئ ما هو محمول عليه بالمواطاة متحد به في الذات
فانى يكون احدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب
ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف
لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق
بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف صحيح او هذا التعريف مطابق لاصول
او نحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها
قطعا ونظير هذا ما حققوا في فنه من ان المنع والنقض والمعارضة في التعريفات
انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد **قوله**
ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ان قال مثل هذا هكذا ذكر
صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه اذا راى عبده يبيع عينا

من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راي الراهن
يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى اقول كانه فهم المخالفة بين
ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه و
ليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت
المالك فيما اذا راي عبده يبيع عينا من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك
التصرف الذي صادفه السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد في
باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا راي الراهن يبيع
الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي
صادفه السكوت بلا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على
كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا
باع عينا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وعامة
المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده
يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع
الذي صادفه السكوت واما في الشراء فيصير ماذونا وعند زفر والشافعي
لا يصير ماذونا انتهى وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل
اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد ماذونا
في التجارة عند علمائنا الثلثة واذا راي عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت
يصير ماذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رح وهذا بمنزلة
ما لو راي المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد
ماذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا انتهى فكيف
يجوز حمل كلام قاضي خان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل

بقوله

بقوله واذا راي عبده يبيع عينا من اعيان ماله فسكت يصير ماذونا في التجارة
فالوجه ان يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله
لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا
له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا للضرر عنهم قال صاحب العناية في
تفصيل هذا التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس
يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى
لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا تتاخر المطالبة الى ما بعد العتق و
قد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بابواء حقهم ولا اضرار
في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا
يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة
الى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله و
الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهما ان
يقولا ذلك لحماقة المعامل حيث اغتر بمجرد السكوت ولم يبال من المولى
ولذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان المعامل لا يغتر بمجرد
السكوت بل يعتمد على ما جرت عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف
عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا
لنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه
عليه فاذا لم ينه علم انه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس
فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه حملا لفعله على ما يقتضيه
الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلوة والسلام عند امر
يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف

يحتاج المعامل الي السؤال من المولي وكيف يحمل العاقل عدم سواله علي حماقته
وهلا يكون النظائر لما عامله دون خلافه ثم اقول بقي شيء في تقرير
صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولي غير معتبر لكونه غير محقق بناء علي ان
الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع انه ايضا غير محقق
بناء علي ان الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان • لا بد من البيان
ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف
يصح غيره وكذا اذا راي اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا
راي الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذنا واذا راي رقيقه يزوج نفسه
وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر في التصرف الذي راه متحقق
بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك
لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر
الي ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الي متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله
وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد
لا يصل الي يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر محقق لا يقال الراهن ايضا يتضرر
ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف
لان بيع المرهون موقوف علي ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن
اليد بات فكان اقوي واما الرقيق عبدا كان او امة اذا زوج نفسه فانما
لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام
لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر علي احد في نكاح
العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان انكاح المملوك مملوك المولي لما
فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير

رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام
في ان نكاح الرقيق موقوف علي اذن المولي واجازته وانما هو في ان
سكوته اجازة اولا ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولي
فلا يكون السكوت اذنا الي هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندي
ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر بحيث لا ضرر
يبنى علي القياس ولا يجعل اذنا انتهي اقول كانه لم يفهم مراد من اورد النظر
اذ لا كلام في ان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان
نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا شك انه موقوف علي اذن المولي فان كان
سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا بحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في
صورة تزويج الرقيق نفسه لم ينفذ كون نكاحه موقوفا علي اذنه عدم ثبوت
الضرر فيها وان بني عدم ثبوت الضرر فيها علي عدم كون سكوته فيها اذنا
لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي طولب الفرق بينه وبين ما نحن فيه
في اصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في ان سكوته اجازة
اولا تامل تفقه قوله وعلي هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر
يعني اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد ان اذن له في نوع
مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهي عن التصرف
في نوع آخر منها بعد ان اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهي
عن غير ذلك النوع او سكت عنه يكون ماذونا في جميع التجارات خلافا لزفر
والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال
صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه
عن نوع انتهي اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح اذ المراد به ما قررناه

بالنكاح كذا في حاشية العناية

آنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المص اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر ويابى
ذلك عما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الاذن العام قد
مرت مع متنوعاتها في الصحيفة الاولي ونحن الآن بصدد بيان مسئلة
الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الاذن العام ههنا كما لا يخفى قوله
ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بينا وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول ان اريد انه اسقاط الحق بجملته
وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقراضه
ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سياتي في الكتاب وان اريد
انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت
به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون
ماذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر
في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعي كونه ماذونا له
من جميع انواع هذا الجنس لا في جميع انواع اجناس التصرفات فلا يرد النقض
بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول ان اريد بقوله
فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك اذا اطلقه ولم يقيده بنوع
فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان اريد
بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف
وهلا يتوقف تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من
التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت
علل صاحب العناية قول المص فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون
التخصيص اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز انتهى فلا مصادرة على

ايضاح

المطلوب قلت ذاك التعليل ليس بتام اذ لقائل ان يقول انما يكون التخصيص
تصرفا في ملك الغير ان لو اطلق الاذن اولا فتحقق اسقاط الحق و
فك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه
بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيد اولا فقال اذنت
لك في هذا النوع فقط ولا شك ان مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لاوله
حكم مستقل ولاخره الذي هو قيد حكم آخر بل للمجموع حكم واحد يتم اوله
باخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير تامل جدا ثم قال صاحب العناية
ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد
ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه
تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا
يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت
الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه
فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن
وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما
بالتجارة في البز دون الخز اجيب بانه ضرر غير محقق ولئن كان فله مدفع
وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة يدفع
ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهليته ومالكيته فليس
السؤال واردا الى ههنا كلامه اقول ان قوله وفي الجملة الى آخره ليس بشيء
اما اولا فلان حاصل السؤال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير
ما خصه به فينبغي ان لا يجوز ولا يخفى ان ثبوت كون العبد متصرفا باهليته
ومالكيته لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان المتصرف باهليته ومالكيته

حاصل هذا الجواب منع ان الاذن في النكاح
فك الحجر واسقاط الحق بل هو في معنى التوكيل
والانابة كما لا يخفى على من له ذوق صحيح

لايملك الاضرار بالغير اذلا اضرار في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السوال
بطريق المعارضة علي ما ثبت بالدليل لامحالة والا يلزم ان ينسد باب
المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل علي خلاف ما اقام عليه الخصم الدليل
مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السوال المزبور معارضة
فالجواب عنه ما ذكره في اوائل جوابه دون هذا قوله وديونه متعلقة
برقبته يباع للغرماء اي يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان
قيل ما وجه البيع علي قول ابي حنيفة وهو لايري الحجر علي الحر العاقل بسبب
الدين وبيع القاضي العبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك
ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لايجوز للمولى بيع العبد
المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة
بالدين في جواز ان يبيعها القاضي علي الورثة اذا امتنعوا عن قضاء
الدين فانه لايعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء
كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الي
العبارة المذكورة عبارة العناية ولكن المضمون مندرج في غيرها ايضا
الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لايحسم مادة الاشكال اذ لسائل
ان يعيد الكلام الي كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر علي الحر
العاقل بسبب الدين فيشكل علي اصل ابي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين
التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لايثبت الملك للورثة في التركة المستغرقة
بالدين لان حق الغريم مقدم علي حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة
عبدا من التركة المستغرقة بالدين لاينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون
له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيأتي
ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة

المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة
وهو ان لايري الحجر بسبب الدين واما كون المولى محجورا عن بيع عبده
المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصله
كما لايخفى فتأمل قوله الآن يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله
الآن يفديه المولى اشارة الي ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا
لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى اقول فيه بحث لان
قوله الآن يفديه المولى انما يشير الي ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو
الحاصل من الاستثناء انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء علي ان
اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان المولى
حاضرا فمما لا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور
عند حضور المولى او نائبه واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى
او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لايخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم
يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنيا في المسئلة المذكورة
فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في
كل من تينك الصورتين ايضا فمن اين حصلت الاشارة الي انحصار جوازه
في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرح به في
الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فاما
اذا كان غائبا فانه لايبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو
المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته اي القاضي او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع
بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في
حصول الاشارة اليه في قول المص الآن يفديه المولى كما ادعاه صاحب

اي يوفي به جميع الديون ولم يبدأ
اداء قيمته وبهذا لان حق الغريم
هو الدين فاذا استوفوه
حق المطالبة بالبيع اذا احضاه

العناية تدبر **قوله** وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال
صاحب العناية قوله وهذا اشارة الي دفع الضرر وبيانه ان سبب
هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف
فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته
استيفاء كان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوي
حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى
انتهى اقول لا يخفى علي ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا
بقوله ويجوز ان يكون بيانا الي آخره وان كان اسلوب تحريره يشعر بخلافه
وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت
الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون
بتوي حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كصداق امراة
تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولي وسواء كانت التجارة تجارة داخلة
تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب
التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولي فلخصوصية كل
واحد منهما مدخل لا محالة فبالحمل علي المعني الاول لا يتم الفائدة والتقريب
واما بالحمل علي المعني الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة
العبد المحجور كان ابطال لزوم ابطال حق المولي من غير رضاه واذا ظهر
وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولي بدخول سببه
تحت اذن المولي زال ذلك المانع قطعا فيتعلق الدين برقبته ومما يقرر
المعني الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا ان هذا
دين ظهر وجوبه في حق المولي لانه وجب بسبب التجارة واذنه فقد ظهر

يا حي

في حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس
انتهى وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا انه دين واجب علي
العبد ظهر وجوبه في حق المولي فيتعلق برقبته قياسا علي دين الاستهلاك
اما وجوبه علي العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولي فلان سبب الدين
هو التجارة باذن المولي فكان ظاهرا في حق المولي لا محالة واذا ظهر في حق
المولي تعلق برقبته استيفاء كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا
اقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولي لعدم اذنه انتهى
كلامه ثم ان بعض الفضلاء (مولانا السعدي) قال ههنا ولعل الاولي ان يكون قول المص وهذا
اشارة الي تعلق الدين برقبته انتهى وكانه اخذ هذا المعني مما ذكر صاحب
معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا اي كون دين
تجارته متعلقا برقبته باعتبار ان سببه التجارة وهي اي التجارة داخلة
تحت الاذن انتهى اقول هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق
الدين برقبته اصل المدعي الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ولو
كفي في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن
لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفي
ان العمدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولي
فهو المحتاج الي البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك
فرع عليه المص اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله
وهذا اشارة الي ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولي لا غير وهذا كله
يظهر بالتامل الصادق **قوله** ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم
بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد

بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به قال صاحب العناية
في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص
لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء
يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق
الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه اي ديون العبد طولب به بعد الحرية
لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول في تقريره خلل
فانه ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية مع
اداة التفريع بعد ان قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا
لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه فما معنى الشرطية وكان
حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية بخلاف
قول المص فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فانه في موقعه
اذا لم يتعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم
ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت
الشرطية واداة التفريع قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه
عن حاجة العبد ولم يفرغ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان
ككسب غير منتزع انتهى اقول فقد اخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه
بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب مختصا بما يقبله
العبد من الهبة مع انه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة
لجريانه في الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة
قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها
مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المص قط قوله بخلاف ابتداء

الاذن

الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ينبغي ان لا
يصير الآبق مجورا في البقاء ايضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في
الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح
فينبغي ان لا تعتبر ثم اقول يمكن ان يجاب بان وجود التصريح بالاذن
في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده
في الابتداء واما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو
حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان تترجح الدلالة عليها
وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل قوله لهما ان المصحح
لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد
المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكر
في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم
يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجرا كان العبد او محجورا عليه فلو لم يكن
ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل ما اودعه بمنزلة ثوب
هبت به الريح والقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي ان يكون
وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا ان ليده اعتبارا وان كان
محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة احكام الصغار
في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه
ان يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة ما وله ذكر تأويلها
في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع
ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك
اذا لم يعلم انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذ

اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ح

الي ههنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى اثره صاحب العناية في ذكر
هذا السؤال والجواب لكن بعبارة اخرى اخصر من الاولى اقول
ذلك الجواب لا يسمن ولا يغني من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما
ذكر مع كونه تما بإباه قطعا ما ذكره الامام الاسروشني في ودیعة
احكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا
في دفع الاشكال الثاني من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد
تقرر بعد ذلك التاويل ان في صورة ان لا يعلم المودع ان الوديعة التي
اودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد او مال مولاه ليس للمولى ان يأخذ
بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق ان يكون للمحجور يد معتبرة في بعض
الصور فلم يكن من تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعي
الامامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز ان يكون المراد
بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة ان يده غير معتبرة في شيء من
الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات
مدعاهما ههنا لانا نقول هذا القدر من الكلية ايضا غير متحقق لان من الصور
المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الحجر بان ما في يده امانة لغيره ففي هذه
الصورة اذا لم يعلم ان ما في يده كسبه او مال مولاه فلا جرم يكون يده
اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر من مسئلة المبسوط وتقرر بعد تاويلها و
من تلك الصور ايضا اقراره بعد الحجر بان ما في يده غصب من غيره ففي
هذه الصورة ايضا اذا لم يعلم انه كسبه او مال مولاه يكون يده معتبرة على
مقتضى ذلك ان لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه
واعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب

الغصب فلا يتصور ان يكون من كسب ذي اليد فتدبر تفهم **قوله** فلا يبقى ما
ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه
ملك المولى وقد زال ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخراج سائر
الشراح ايضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب
الغاية فانه قال اي لا يبقى للعبد الماذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن
قبل البيع بحكم انه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع
لعدم بقاء الاذن انتهى اقول فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما
نحن فيه ايضا وهو ما اذا حجر المولى على الماذون له بدون ان يبيعه والمقل
ههنا بصدد الفرق من قبل ابي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه
فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو
الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة اعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
فائدة اصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن
فيه فيلزم ان يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك لمثل
المقل والوجه عندي ان يكون مراده بما ثبت بحكم الملك من قوله المزبور
يده الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة تبدل
الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من يده الحكمية بخلاف ما نحن
فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم تفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى
تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتامل وكن الحاكم الفيصل **قوله** و
اذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ قال في العناية اذا لزمته ديون فلا يخ
اما ان تحيط بماله ورقبته او لا تحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون

رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والماذون
ايضا يساوي الفا وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم
والثالث ان يكون عليه الف درهم انتهى اقول للقائل ان يقول هذه
القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو ان تحيط برقبته دون ماله
على عكس القسم الثالث والجواب انه قد تقرر فيما مر انه يبدا بكسب الماذون
المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم
منه ان تعلق الدين بكسبه كان متقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في
الشرع ان تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت
الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلثة فيما اذا لزمته
ديون ولهذا لم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا تحقق له
في الشرع قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم
جميعا • الظاهر ان مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جاز عتقه
في قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة الا
انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من
ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته فاذا لم تحط
الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد
ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب فمن قبيل التصريح بما علم التزاما
لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المص ههنا هو حكم القسم
الثاني من الاقسام الثلثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن
العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل واذا
لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من

كسبه

كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته
واما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال
صاحب العناية واما الثالث فلم يذكره في الكتاب ونقل بعض الشارحين
عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز انتهى واراد ببعض الشارحين
صاحب غاية البيان فانه قال في بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب — قال صح
عن ابي حنيفة في رجل اذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي الفا
وهو يساوي الفا وعلى الاول الف درهم دين فاعتق المولى العبد المشترى
فعتقه جائز وان كان الفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف — الدين صح
ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا انتهى اقول في جواز عتقه عند ابي حنيفة
في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو
القسم الثالث من اقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب
لاثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكر في الكتاب اولا وفي الجامع الصغير
ثانيا فان حاصل ذلك الدليل ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه
فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان
جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا احاط الديون بكسبه دون
رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه فيه ايضا قوله واذا باع من المولى شيئا
بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اقول في هذا
التعليل شيء وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل — جواب صح
عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال
اعلم ان العبد الماذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز

بانفاق اصحابنا جميعا انتهى وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر علي اصل ابي يوسف ومحمد اذ قد مر في المسئلة الاولي انهما قالا المولي يملك ما في يد العبد المأذون ولو احاط ديونه بماله ورقبته ولهذا لو اعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولي كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين علي اصلهما حتي يتمشى التعليل المذكور علي قولهم جميعا فليتامل في التوجيه **قوله** وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولي شيئا بمثل قيمته جاز هذا علي التقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى **اقول** بل قوله لانه معطوف بلا معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ علي قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي عند ابي حنيفة علي ان يكون معنى الكلام وههنا ان المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولي شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملابستان بخلاف ما اذا حابي الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن علي التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب اي المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا حابي الاجنبي والمسئلة الاولي ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا ان كلتا المسئلتين ملابستان بكلا الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى **ثم ان** في تصحيح العطف علي تقدير الواو توجيه آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة ومعطوف علي قوله

علي قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولي بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا علي تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى **والعجب** ان صاحب العناية وان لم يطلع علي ما ذكرناه اولا من التوجيه الوجيه الا ان الظاهر انه قد راي توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية **نعم** في توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى ايضا انه ليس بابعد وافحج مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو وبجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الي آخر ما ذكره كما سياتي نقله وبيان حاله **وقال** صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو نابأه انتهى كلامه **ورد** عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله ايضا عنه قلت ذلك اوجه من حيث اللفظ بالنزب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتي يحتاج الي الجواب انتهى **اقول** ليس هذا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة معه فلان جاز البيع منه بمثل القيمة اولي كما

لا يخفي وعن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حابي
الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة
او كان البيع بمثل القيمة فاذن انجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي
وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع ان في كل منهما
تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الي الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض
من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني
انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء علي تعلق حق الغير
بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك ههنا ايضا مسلك الدلالة فلا
محذور في ترك الواو من حيث المعني علي تقدير ان يجعل قوله المذكور متعلقا
بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي ان ياتي بالمسئلة بلا
واو لانه اول مسئلة يورده نقضا علي مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف
ما اذا حابي الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولي بنقصان
لم يجز ومع الاجنبي جاز وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض علي بيع
المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم انتهي اقول
ليس هذا بسديد اما اولا فلان قوله لانه اول مسئلة يورده نقضا
علي مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي لانه لبيان
الفرق بين ما اذا باعه من المولي بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز كلام
خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب ههنا اثنتان اولاهما قوله واذا
باع من المولي شيئا بمثل قيمته جاز واخراهما قوله وان باعه بنقصان
لم يجز فكما ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة
كذلك قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة

بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
الاولي بمسئلة بيع المريض من الوارث
صح

الاخري

الاخري بمسئلة محاباة الماذون مع الاجنبي وكما ان قوله بخلاف ما
اذا حابي الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع الماذون من مولاه شيئا
بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان كذلك قوله وبخلاف
ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع
الماذون من مولاه شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه
بمثل قيمته فان اراد تاج الشريعة بقوله المذكور ان الاولي من المسئلتين
المذكورتين مسئلة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخري منهما فليس
بصحيح اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان اراد
بذلك انهما وان كانتا معا مسئلتي الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع
المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي
فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان
الفرق فقصد احدهما يستلزم قصد الآخر علي انه لا تاثير لهذا المعني في
اتيان المسئلة بلا واو كما لا يخفي على الفطن فلا يثبت مدعاه وان اراد
به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولي مسئلتي الكتاب
وقوله بخلاف ما اذا حابي الاجنبي متعلق باخريهما فلا معني للواو فيما يتعلق
بالاولي قلنا قد تقرر في علم الادب ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها
فدخولها لا يقتضي التاخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في اتيان
الواو ههنا اصلا واما ثانيا فلان قوله وانما ادخل الواو فيه لئلا يتوهم
انه نقض علي بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم
ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان
كان المحل صالحا للعطف فما معني قوله من قبل ينبغي ان ياتي بالمسئلة بلا

واو لانّه اول مسئلة يورده نقضا علي مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا
له فكيف يصحّ ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرّد دفع توهّم شيئ وان
لم يكن الواو للعطف فمن اين يندفع ذلك التوهّم وقال صاحب العناية
والظاهر عدم الواو وجعله متعلّقا باوّل المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه
هكذا وان باع من المولي شيئا بمثل القيمة جاز لانّه كالاجنبي عن كسبه اذا
كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث
لا يجوز عنده لانّ حقّ بقيّة الورثة تعلّق بعينه اي عين مال الميّت حتّي
كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته امّا حقّ الغرماء فيتعلّق بالماليّة لا غير
فافترقا اي المولي والمريض في جواز البيع من المولي بمثل القيمة دون الوارث
ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الي آخره انتهي كلامه اقول
لا يذهب علي ذي فطرة سليمة انّ جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه
علي حمل كلام المصنف علي مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب
وخروج عن دائرة الانصاف ولعلّ هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حلّ هذا
المحلّ ثمّ انّ في تقريره خللا آخر فانّه قال في تفسير قول المصنف فافترقا اي
المولي والمريض وكان الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفي علي
المتامّل والعجب انّه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولي بمثل القيمة دون
الوارث فيؤول المعني علي هذا الي ان يقال في جواز بيع المولي من المولي دون
جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفي ما فيه قوله وان باعه المولي وعليه
ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيّبه فان شاء الغرماء ضمّنوا البائع
قيمته وان شاؤا ضمّنوا المشتري قال الشرّاح انّما قيّد بسبب ضمان
كلّ واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف

بمجرّد البيع والشراء لانّهما لا يضمنان بمجرّدهما بل بتغييب ما فيه حقّ الغرماء
وهو العبد لانّهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انّما يفوت بالتسليم
والتغييب لا بمجرّد البيع والشراء انتهي اقول لقائل ان يقول فاذن
ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة علي المشتري فقط فانّ تغييب
العبد الذي فيه حقّ الغرماء انّما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن
لهم ان يردّوا البيع فيستسعون العبد او يبيعونه فلا ضمان حينئذ علي احد
كما سيجيئ في المسئلة الآتية فان قلت تغييب ذاك العبد وان وقع من المشتري
دون البائع الّا انّ في البائع ايضا سببيّة له اذ لولا بيعه وتسليمه لما غيّبه
المشتري قلت نعم الّا انّ سببيّة ذلك بعيدة وقد تقرّر عندهم وتقرّر مرارا
انّ الحكم يضاف الي اقرب الاسباب فتامّل ثمّ انّ صاحب العناية قال و
لكن بقي شيئ وهو انّ حقّهم كان في بيع العبد والمولي قد رفع عنهم المؤنة فلا
يجب عليه الضمان كالوصيّ اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك
بانّ حقّهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحقّ الغرماء
منحصر في بيع التركة فافترقا انتهي كلامه اقول لا يتّجه السؤال المذكور علي
مسئلتنا هذه لانّ وضعها فيما اذا كان ثمن العبد اقلّ من قيمته وامّا
اذا كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء
الثلثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعيّن لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ
الثمن لعدم الفائدة في التضمين وقد صرّح بذلك كثير من الثقات منهم تاج
الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن اقلّ من القيمة امّا
اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار لهم انتهي ومنهم صاحب الغاية حيث
قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انّه لفظ محمّد في الجامع الصغير هذا اذا باعه

معقول قال مه



باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا
فائدة في التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه
فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولي به اقل من قيمته لم يتجه ان يقال
ان حقهم كان في بيع العبد والمولي قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان
لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولي قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدي
فوجب عليه الضمان قطعا ثم اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله
ان سبب وجوب الضمان علي المولي تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيع
العبد ومقتضى هذا ان يجب علي المولي ضمان الديون بالتمام دون ضمان
قيمة العبد فقط لانه كان لهم ان يستسعون العبد في جميع ديونه لهم لا في
مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي
ان يضمن البائع والمشتري جميع ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه
بالاستسعاء من الديون ولم يقل به احد وانما الذي قالوا به ان يجب
عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم
الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال
صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع
بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير
لفخر الاسلام وماذون الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة وذلك لانه اذا لم
يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع
لفوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم علي العبد وبما ذكر في الكتاب
لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم
وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون الا انهم

الآن

الآن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضاء الغرماء باخذهم الثمن
فانهم لما اخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فينسد حينئذ باب الرد ولكن
احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق
فلا ينتهض ذلك اللفظ حينئذ بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان
المعقول ما ذكره الامام قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن
لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الي ان يصل اليهم ديونهم وبعد
البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان
كان بالثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الي هنا كلام صاحب
النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته واما صاحب
العناية فنقله بطريق الاجمال واورد النظر علي الجواب حيث قال قيل في عبارته
تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي
الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم
فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب بانهم قد رضوا
بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه
يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا
به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الي هنا كلامه اقول اولا في الجواب
المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المص بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع
ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في
الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم
يفد شيئا في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل ح
ان يقال لرضائهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي

اورده صاحب العناية بانّ فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي ان لهم
ان يقولوا في صورة المحاباة انّما قبضنا الثمن علي اعتقاد ان لا محاباة في البيع
فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضي بها بل نردّ البيع فنبيع العبد بتمام القيمة بخلاف
ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانّه لا يتمشي فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال
صاحب العناية ولعل الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه انّ
الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجّل فانّه انّما يكون ناقصا
اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر امّا اولا فلانّه لو كان
معني قوله ولا محاباة في البيع انّ الثمن يفي بديونهم لذهبت فائدة قوله
فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله
اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شكّ انّ الثمن اذا كان يفي بديونهم لم يكن
لهم ان يردّوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقي لهم حينئذ حق
الاستسعاء بل يتعيّن حقّ الاستيفاء من رقبته فلا يتصوّر فائدة في الردّ
فلا يثبت لهم الخيرة وامّا ثانيا فلانّ معني انتفاء المحاباة في البيع ليس
عين معني وفاء الثمن بديونهم وهو ظاهر وانّ احدهما لا يستلزم الآخر اصلا
لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز ان يفي الثمن
بديونهم ولا ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معني قوله ولا محاباة في البيع
انّ الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوّز او
الكناية لعدم العلاقة المصحّحة لذلك بينهما قوله ومن قدم مصرا وقال انا عبد
لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانّه ان اخبر بالاذن
فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز قال في النهاية اي فتصرفه
دليل علي انّه ماذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان

[illegible]

واما جواب القياس فان لا يقبل قوله لانّه اخبر عن شيئين احدهما انّه (اخبر ح)
مملوك وهذا اقرار علي نفسه والثاني اخبر انّه ماذون في التجارة وهذا اقرار
علي المولي واقراره عليه لا يصلح حجّة واما وجه الاستحسان فما ذكره في
الكتاب انتهي واقتفي صاحب العناية في شرح هذا المقام اثر ذلك
اقول تحرير هذا المحل علي هذا المنوال لا يخلو عن نوع الاختلال فان قولهما
في تقرير وجه القياس والثاني اخبر انّه ماذون في التجارة وهذا اقرار علي المولي
غير متمشّ في احد شقّي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن اذ
لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار علي المولي فيها وانّما جعل الاخبار
في قولهما والثاني اخبر انّه ماذون في التجارة اعمّ من الاخبار الحقيقي والحكمي
وادّعاء انّ في ذلك الشقّ اخبارا حكميّا عن كونه ماذونا وهو تصرفه تصرّف
الماذون فتمحّل جدّا كما لا يخفي فالاولي ههنا تحرير صاحب الكافي فانّه جعل
هذه المسئلة علي وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان
علي الاستقلال حيث قال والمسئلة علي وجهين احدهما ان يخبر انّ مولاه
اذن له فيصدّق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدّق
لانّه مجرّد دعوي منه فلا يصدّق الا بحجّة لقوله عليه السلام البيّنة علي
المدّعي وجه الاستحسان انّ الناس تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجّة يخصّ
بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولانّ في ذلك ضرورة وبلوي فانّ
الاذن لا بدّ منه لصحّة تصرفه واقامة الحجّة عند كل عقد غير ممكن والاصل انّ
ما ضاق علي الناس امره اتسع حكمه وما عمّت بليّته سقطت قضيّته وثانيهما
ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه ان لا يثبت الاذن لانّ
السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لانّ الظاهر انّه ماذون لانّ

امور المسلمين محمولة علي الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن
فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر
عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان
لا يشترط للضرورة والبلوي الي ههنا كلامه واقتفي اثره صاحب معراج الدراية
في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز **قوله** الا انه لا يباع
حتي يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولي بخلاف
الكسب لانه حق العبد علي ما بيناه **اقول** لقائل ان يقول ان اراد
بقوله لانها خالص حق المولي انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع
اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد الماذون حتي كان لهم
ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المالك ديونهم وان اراد بذلك
انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد
فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل حينئذ علي ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا
يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له
ولزوم كل شيء من التجارة لئلا يضيق الامر علي الناس فليتامل والاظهر في تعليل
قوله لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس
من لوازم الاذن في التجارة الا يري انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين
لا يباعان وهما ماذونان لهما كما ذكر في النهاية وغيرها **فصل**
لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي
والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه **قوله** واذا اذن ولي الصبي للصبي في
التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتي ينفذ
تصرفه **اقول** كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد

الماذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر
اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء
بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه آثر اللفظ الكثير
علي اللفظ القليل مع كون الثاني اتم واظهر في افادة تمام المراد هذا ما في عبارة
مختصر القدوري ثم بعد ذلك تصرف المص من جهة اخري حيث قصر في البداية علي
قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء
واصر علي ذلك في الهداية ايضا مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر لان تعقله
البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد الماذون نافذ التصرف في باب التجارة
مطلقا بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف ان البيع سالب للملك
والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به **قوله**
والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الي اذن الولي
هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصباه فيبقي ببقائه تقريره ان الصبي
سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد
في كون حجره لغيره فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يستدل به علي ثبوت
هدايته في امور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما اذن له الولي فينفذ تصرفه
كما لو اذن المولي للعبد كذا في الشروح **اقول** يرد علي ظاهر هذا الجواب
ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذا علم
هدايته في امور التجارة بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك
ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم
من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر
كالبيع والشراء ونحوهما فتامل **قوله** وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء

المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء
ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا و
تقريره ان بقاء ولايته بعد ذلك لا مرين للنظر له فان الصبي من اسباب
المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض كالاستيفاء المصلحة
بطريقين اي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب
اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى
غيرها فبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك انتهى كلامه اقول في تقريره شيئ
اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام
في التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة
والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق
والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن
الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في
اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور
وفي اعتبار كلامه في التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقريره المزبور
ان يكون قول المص واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى
على الناظر في مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله كالاستيفاء
المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال
تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم ان قول المص وبقاء
ولايته الخ يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه
مولى عليه الخ وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار
الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف

في ماله

في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى
وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختبار ثم الاختيار قوله و
التشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت
في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون
كذا في غاية البيان وغيرها اقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد
الماذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان لو كان التشبيه على
العموم او على الاطلاق واما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب
حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد الماذون فافادة التعميم ممنوع جدا
فيتامل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت
في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي الماذون مع التخلف في بعضها وهو
ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون اذا كان عليه دين يحيط بماله
والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي الماذون وان كان عليه دين
يحيط بماله والرواية من المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين احدهما ان ما
ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكره
في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا
يرد نقضا لاختلاف المتصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك
الاب او الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان
دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد الماذون فانه يتعلق
بكسبه ويصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا
انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب
ولكن سلك مسلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور

لان حاصل هذا الوجه بيان علة انحجار المولي عن التصرف في مال العبد الماذون
اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي
الماذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم
في قول المص ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي الماذون
بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد
من كلام المص لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة
الكلام على العموم اقول ليس هذا ايضا بسديد اما اولا فلان دلالة
كلام المص وهو قوله ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه على العموم
ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم الاصول وقد
تاكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم و
الاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا
فلانه لا دلالة في الجواب الثاني اصلا على منع دلالة كلام المص على العموم
ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انحجار المولي
عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل
ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا قوله و
يصح اقراره بما في يده من كسبه اورد عليه بان الولاية المتعدية فرع الولاية
القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي واجيب
عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه
لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة
واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون
حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع

التجار

التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يصح يتحرزون
عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان يشهد عليه شاهدين فلهذا
جاز اقراره انتهى اقول هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله
بيان لمية عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه
على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الايراد بان الولاية المتعدية
فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف تتحقق الولاية المتعدية
وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال
بدله والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك
الاذن بالتجارة وتوابعها انتهى اقول هذا الجواب ايضا غير مستقيم
لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس
التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي ممنوع اذ لا نشك
ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح اصلا
فاني يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها
التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم
ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه ان يملك
الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في ان تملك الصبي
الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية
المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع
فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تتعدى منه
الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن
بالتجارة وتوابعها في اثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام

ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية
اذ قد تقرر فيما مر ان الصبي يتصرف باهليته والصبي ليس سبب الحجر لذاته
بل لعدم هداية واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان
البلوغ دليلا عليه لانه يكتسب الولاية من اذنه الا ان الصبي لما كان من
اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو
نافع محض قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر اذ من لا
يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل الصبي له بعد الاذن و
كانت ولاية عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه
حسن وجواب شاف يحسم به مادة الاشكال بالكلية **كتاب**
الغصب ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب
من انواع التجارة مالا حتى ان اقرار الماذون لما صح بديون التجارة دون
غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون
الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب
مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار
كالعبد الماذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان
كان يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من
المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه
والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول
بحث من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة مالا انما
يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لا بين الغصب وبين
الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل

بعد الاذن فقط والاقرار مما كان من توابع التجارة دائر بين النفع والضرر ح

هو فك الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب الماذون والمذكور
في كتاب الماذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب
والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع
التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن ان يجاب عن كل منهما
بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من
جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب
مناسبة للاذن نفسه ايضا بوساطة تعلقه بجنس التجارة واما عن
الثاني فبان يدعى عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب
هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مرجحات البتة فلا
ضير في تحققها في غير ما سيقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة
ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين
عندي ان الماذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف
لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب الماذون
لانه مشروع والغصب ليس بمشروع النهي واعلم ان محاسن الغصب
من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديات فان
المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه
ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان
محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها **قوله** وفي الشريعة اخذ مال
متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد
على هذا التعريف قيدان احدهما قيد او يقصر يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب
في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستاجر

او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل
يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد
فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور ايضا وعن هذا قال في
المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك
على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او بقصر يده ان لم يكن في يده
انتهى وهكذا قال في الكافي ايضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما
وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شرعا السرقة فان الامتياز
بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على
سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك
بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شريعة في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة
قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح
الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة
انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت
أليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية
في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء
من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب
البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب
عليه من الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا بسبيل
الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز
على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول
ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في

بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية صح

التعريف

التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما
لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب
عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل
الخفية كما تقرر في كتابها ولا نشك ان قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل
الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة
بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم
يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حد الغصب في الشرع والا لزم
ان تكون السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع
بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع فلغا قوله وذلك لا ينافي دخولها
باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من
الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع
ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب قطعا
وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو
ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه
نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث
ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه حينئذ
يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس
بصحيح لان ما كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم
الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز
والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق
بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه

الخفية فان من خصوصيتها ان تكون على سبيل صح

آخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه
وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب
الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به في
البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة
حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما
حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى
على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر في اول كتاب الوقف
فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس
بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه
مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب
الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى
ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست
بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان
يد المالك ما كانت ثابتة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها
بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب
بل هي امانة في يد الغاصب ان هلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة
وسيجيء في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة ايضا وسيجيء في الكتاب وكذا
اذا قتل رجل عبد رجل خطاء في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد
بلا خلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق
بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت

تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما
ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج الى تغيير قوله حتى
كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط • لانه بالاستخدام
والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب
بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في
الاستعمال وما بقي اثر فعله تبقى يده فلم توجد ازالة يد المالك فلم
يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العز وفي كلام المص هنا مؤاخذة لفظية
وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه ان يقول وتحميل الدابة
لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى واحد والى
آخر بحرف الجر تقول حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه
الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة الا ان
يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع
فح تصح اضافة مصدره الى الدابة فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر
حمل المضعف للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر و
كان صاحب الكافي عن هذا غير عبارة المص هنا فقال حتى كان
استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه
كلام المص هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول
العلامة السكاكي اعتبارا بمواظبتها حيث قال والاصل ان يقال
بالمواظبة عليها اي على العبادة الا انه نزع الخافض وعدي المصدر
بالايصال انتهى وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك
وفي تعديته المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة عليها انتهى كلامه

تأمل قوله ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه
فالضمان اقول هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد
الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في
الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه الخاص
بصورة الهلاك اللهم الا ان يبني كلامه هنا على ما قيل ان الموجب الاصلي
للغصب مطلقا هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول
ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المص فيما بعد وصرح به في الشروح
ثمة فكيف يليق بمثل المص بناء كلامه على ذلك قوله ولان المثل اعدل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا
مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان
الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى اقول الظاهر ان
المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال
الربوية دفع ورود سؤال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية
بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن
اندفاعه بذلك غير واضح عندي لانه ان اريد بكون الجودة ساقطة
العبرة في الاموال الربوية انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية
فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جدا وان اريد
بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة و
الرداءة عند اهل الشرع لقول النبي صلى الله عليه جيدها ورديها سواء
فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السؤال المتجه على قول المص ههنا
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل

غير

غير مسلم لتحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك
يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان عدم
الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل
الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها
في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف
ايضا تأمل تعرف قوله لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر
قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب قال صاحب النهاية فان قلت
لم قدم قول ابي يوسف في التعليل ولم يؤخر كما هو حقه قلت يحتمل
ان يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه
اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لان المغصوب دخل في ضمان
الغاصب من وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت
الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان
على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة يوم الغصب
ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة
لم يتأت الا بتقديم قول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول ابي حنيفة رح
انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا
وكذا ذكر ايضا ذاك الوجه فقط في العناية ايضا ولكن بطريق النقل بقيل
اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الوجه الاول فلان
ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف لان المغصوب المثلي انما
دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان
القيمة بالانقطاع كما افصح عنه المص في ذكر دليل محمد من اين يجب ان يكون

ابي حنيفة ولا دليل لمحمد ايضا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي
في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن اشكال
على كل حال قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة • يعني معنى قول القدوري في مختصره ما لا مثل له العدديات
المتفاوتة قال صاحب العناية اخذا من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء
الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى
وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا
الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء
الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من
جنسه فينافيه تعليله بقوله لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى
لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا بالاولوية
فلا يكون له مثل اصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له في الحقيقة
هو الله تعالى فكيف يتصور ان يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما له مثل من جنسه
ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فعلى تقدير
ان يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه
قيمته يلزم الاختلال في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن
بمثله من جنسه بل يضمن من قيمته فعليه قيمته اي يضمن بقيمته فيشبه
جواب المسئلة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملة تفسير
ما لا مثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحبا النهاية والعناية
وكذا تفسير ما له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب

العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر
المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى ايضا ومن غصب شيئا
له مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله
في الغصب فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك
واللاغية والحق عندي ان المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ما له
مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف اليه المثل عند الاطلاق و
بما لا مثل له في هذه المسئلة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى
فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد افصح عن نوعي المثل في الكافي
حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل
في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة
والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل
الكامل انتهى فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه
مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا
هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي عن
النبي من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في
النص انتهى اقول يرد عليه انه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور
في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل
صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده
وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الاولى وهو الذي اشار
اليه في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل

اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله
ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تاخير دليله اذ من عادة المص المستمرة
ان يؤخر القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة
الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في الاكثر عند نقل اصل الاقوال
وهذا انما الاستمرة به عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام
المص واما الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني
مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتغيير المص اسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما
لا يناسب بشان الدفيع فالوجه عندي ان المص جرى ههنا ايضا على عادته المقررة
من تاخير الاقوى فالاقوى عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب
من المتاخر للمتقدم كما حصل ههنا ايضا ذلك على ما يشهد به التامل الصادق قال
صدر الشريعة في شرح الوقاية اقول قول ابي يوسف اعدل لانه لم يبق
شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات وقلتها وفي (هذا الجواب)
المعدوم هذا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل
الى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وايضا عند وجود المثل (وهذا الجواب عن قول محمد)
لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر
الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد
الانقطاع ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه
وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى وقد سبقه الى
هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول ويمكن رد هذا الجواب
بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق
الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هذا

متعذر

متعذر او متعسر يعني انه بعد ما عدم في السوق الذي يباع فيه ان لم يوجد
في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار
تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيها الاشياء وفي غير ذلك
لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق
شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه فعلى
هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى
قوله بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة باصل السبب
كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على
ما سيجيء عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا
هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ المطالب باصل السبب
حينئذ فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا
وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك
عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب الا يرى ان الواجب
بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع
عند محمد فيعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا يعتبر قيمته وقت
وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له
وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة ومحمد بان القيمة تعتبر في الاول
عند وجود اصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح
على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا هو رد العين
وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب
الاصلي فيه هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ايضا فلا يتم دليل

وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي
عند ابي حنيفة فيعتبر قيمته صح

قال في النهاية وانما اقتصر على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات
ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم
والطست انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك
الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر ايضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل
كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس واورد عليه صاحب
العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية بقيل وليس بواضح لان من
المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة انتهى اقول
يمكن ان يجاب عنه بان الظاهر ان مراد المص بالمكيل في قوله اما العددي
المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكيل من جنس
واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وبقرينة
شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في المكيل كما تقرر في باب
الربوا من البيوع قوله والغصب فيما ينقل ويحول اي الغصب يتحقق
فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية
ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان
مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه
في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر
معتبر في التركيب المذكور اعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما اشار
اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك اي تحقق الغصب
في المنقول دون غيره واشار اليه صاحب العناية ايضا حيث قال
الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل اشار اليه المص نفسه حيث
قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام

في ان اداة القصر في التركيب المزبور ماذا فلعلها هي تعريف المسند اليه بلام
الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر جوابه في علم الادب
ومثلوه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش قوله لان
الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل اقول لقائل
ان يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان
في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام
خبرا وبذكر التفصيل الآتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل ههنا فالاحسن
ان يكتفي بما سياتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار المتفرعة على الاصل
المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف
المذكور هناك متحقق ههنا ايضا لا محالة قوله واذا غصب عقارا فهلك
في يده لم يضمنه اقول كان اللائق بالمص ان يذكر الفاء بدل الواو في قوله
واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي
ان يظهر علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة
الفاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند ابي حنيفة كون
الماخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف الآخر حتى ان غصب العقار عند ابي
حنيفة وابي يوسف الآخر لا ينعقد موجبا للضمان انتهى والعجب ان كلمة
الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري فبدلها المص بالواو في البداية
والهداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب
اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر
ان حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين المغصوبة في يد الغاصب هو
الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في

يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق
ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ
الغصب ههنا مجاز علي سبيل المشاكلة انتهى اقول فيه ان المصير الي
المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار
الي المجاز اللهم الا ان يريد بالمجاز المجاز بالنظر الي الموضع الشرعي دون
المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الي الوضع اللغوي ولكن حق الاداء
ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان وقد اختلفت عبارات مشائخنا
في غصب الدور والعقار علي مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فقال بعضهم يتحقق
فيها الغصب ولكن لا علي وجه يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله
واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه
اثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصلا واليه مال اكثر المشائخ
انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب
الشرعي علي مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فلا نم ذلك اذ لم يقل احد ان الغصب
الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قاله لما صح منه ان يقول لا علي
وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب
حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند احد وانما المراد بالغصب في
عبارة من اثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي
كما بيناه وان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب
الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي ايضا فلا نم ان احدا قال
ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي علي ما مر في صدر
الكتاب اخذ الشيء من الغير علي سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى

في العقار

في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين
كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار علي ما سنوفيه فلا
يصدر ممن له ادنى تمييز انكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل
مشائخنا هولاء الاجلاء قوله ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك
بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه
عنها وهو فعل فيه لا في العقار قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولابي حنيفة
وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك اي بسبب ذلك وهذا
اي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي
اخراج المالك عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل
في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى اقول
في تقريره قصور اما اولا فلانه جعل الباء في قول المص بازالة يد المالك
للسببية وليس بواضح اذ علي تقدير تحقق السببية بين اثبات يد
الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب
دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا واصلا صادرا من الغاصب
والثاني امرا عدميا متفرعا علي الاول وايضا لو كان الباء المزبورة للسببية
كان معنى كلام المص ولهما ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة
يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات
اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه
ان يكون الباء للمصاحبة فيكون المعنى ولهما ان الغصب اثبات اليد
مع ازالة يد المالك بفعل في العين فح ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا
فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد ان لا يتحقق ازالة

اليد اصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مرّ في تعليل قول محمد انّ
من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على
محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قولهما ههنا لم يتعرّض لنفي تلك المقدّمة
وليست بمقابلة للنفي والمنع لتقرّرها وبداهتها فلا جرم كانت مسلّمة عندهما
ايضا فكيف يتمّ تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا في غصب
العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحلّ كلام المص ههنا ان يقال ولهما انّ
الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة
يد المالك مطلقا اي سواء كانت بفعل في العين او بفعل في المالك وما كان
من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاصّ
وهو ان يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب
من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصوّر في
العقار لانّ يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن
العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد
فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقّق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم
الضمان عند هلاكه في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت مدّعى الامام الاعظم
والامام الثاني ويخرج الجواب عمّا ذكر من دليل امامنا الثالث والشافعي
كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء (مولانا السعدي) بهذا التعليل حيث قال
وليت شعري باي دليل يثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى
يثبت بل مفهوم ازالة اليد تحقّقه في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد
يثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وامّا ابو حنيفة وابو يوسف
فمرّا على اصلهما انّ الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم

يوجد في العقار والدليل على انّ هذا شرط تحقّق الغصب الاستدلال بضمان
الغصب فانّ اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان
فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى ههنا
كلامه فتأمّل ثمّ اورد ذلك البعض على قول المص في تعليل قولهما وهذا
لا يتصوّر في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات
اليد فتأمّل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقّق
اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصوّر
ان يقول الخصم انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد قوله وفي اكثر نسخ المختصر
واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد كما سبق انّ الغصب فيما ينقل اقول
لقائل ان يقول ان اراد انّ الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلّم ولكن لا
يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر
لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعمّ المنقول وغيره الا يرى
انّه ذكر الغصب فيما مرّ في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
واراد به معناه اللغوي لا محالة وان اراد انّ الغصب مطلقا فيما ينقل فهو
ممنوع جدّا ويمكن ان يجاب عنه بانّ المراد هو الاوّل ولا يرد جواز ان يكون
المراد بالغصب المذكور ههنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي
لانّ المعنى اللغوي في المنقولات الشرعيّة معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل
الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بدّ في ارادة
المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعيّة في تخاطب اهل الشرع من قرينة و
ههنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مرّ واذا
غصب عقارا فانّ قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل ويحوّل قرينة على ان يكون

المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي فتدبر
ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا
هذه تعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلا
منهما مع ان قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يمشي في صورة المثلي على
قول ابي حنيفة ومحمد رح اذ قد تقرر فيما مر ان المعتبر في هالك القصورة عند
ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلم يتم التقريب
لكون المسئلة اتفاقية **قوله** فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل
جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته اقول
في هذا التعليل قصور اذ قد صرح في عامة الشروح بان مسئلتنا هذه
تعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان عبدا محترفا فنسي
الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يتمشى في الصورة الثانية لان
النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان
يقال لانه يدخل جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالصورتين
معا واوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف **قوله** ومراده غير
الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل
لانه يؤدي الى الربوا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن
النقصان غير الربوي واما في الربويات اي في الاموال الربوية التي لا
يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا هذا محصول كلامه اقول لقائل ان يقول
عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا

جارية فاعورت
او ناهدة الثديين
فانكسر ثديها
وما كان من غير بدنه
مثل ان كان صح

غصب

غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في
الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل
الى الربوا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب
كيليا او وزنيا فتلف بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحب
المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الاصل بلا تأد الى الربوا
اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم
امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا فتامل
وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المص ومراده اي مراد
القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات
كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا
يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا لكن
صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه
وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية ههنا وان كان
مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الايضاح الا انه منظور
فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية
نفسها وفي سائر المعتبرات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه مضرة
كالمصوغ من القمقمة والطست ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا
شك ان اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا
باناء فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء
تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات
القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما مر جوابه كما مر آنفا فلعل الحق

من حكم غصب اناء فضة اذا انتقص في يده مانقله صاحب الغاية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي من ان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه بعينه و لا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان اناء فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال وفي المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال الربوية قيمة و عندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربوا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا انتهى **قوله** ولابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا **اقول** فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة اصلا فتفكر **قوله** فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا

قال في البدائع وان كان المغصوب اناء فضة او ذهب فانهشم في يد الغاصب او هشمه فالمالك بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها واما مع الاصل فمتقومة خصوصا اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه لا مثل له فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الى تضمينه بجنسه لانه يؤدي الى الربوا فلزم تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل بلا ضرورة الى هنا لفظ البدائع وهذا صريح في خلاف ما في العناية ومطابق لما ذكر فتدبر

وقت

وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا **فسر** جمهور الشراح وقت الاستغلال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستغلال حيث قال وفي المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى **اقول** فيه اشكال فانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن الى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة الى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا او لا يرى انه لو صرفها الى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم يبعد ان يكون مدار الحكم الشرعي فتدبر **وفسر** تاج الشريعة وقت الاستغلال المذكور في كلام المص بوقت الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المص بقوله ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المص حينئذ بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله

اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه صح

ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه
فبعد ان صرفها الي حاجة نفسه لو اصاب مالا الخ اللهم الا ان يقال يجوز
ان يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتامل **قوله**
فقوله في الكتاب اشتري بها اشارة الي ان التصديق انما يجب اذا اشتري
بها ونقد منها اقول في عبارة المص ههنا تسامح لان حاصلها يؤل
الي ان يقال فقوله في الكتاب اشتري بها اشارة الي نفسه والي غيره
لان قوله اشتري بها في قوله انما يجب اذا اشتري بها ونقد منها نفس
ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معني للقول بان في الشيء
اشارة الي نفسه والي غيره كما لا يخفي فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب
اشتري بها اشارة الي ان التصديق انما يجب اذا اشار اليها ونقد منها اذ
حينئذ لا يلزم المحذور المذكور ويظهر المقابلة بقوله بعده واما اذا اشار
اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الي غيرها كما لا يذهب علي ذي مسكة
ثم ان ماخذ قول المص ثم هذا اظهر فيما يتعين بالاشارة الي قوله و
وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها بدل قول
المص اذا اشتري بها ونقد منها فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتعين
بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا
اشتري بها يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل علي انه اراد بها
اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك
علي اوجه اما ان يشير اليها ونقد منها واما ان يشير اليها وينقد من
غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها او يشير الي غيرها وينقد منها

وفي كل

وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا
يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال
مشائخنا بل لا يطيب بكل حال ان تناول من المشتري قبل ان يضمن و
بعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة
والجامع الكبير دليل علي هذا القول وهو المختار الي هنا لفظ فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشائخنا الفتوي اليوم علي
قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس وعلي هذا استقر راي الصدر
الشهيد وشمس الائمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه
من وجوب رد العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك
المالك لانه عارض وحق الفصل عما قبله انتهي اقول فيه كلام اما اولا
فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا ان
رد المثل او القيمة متفرع علي تحقق هذا العارض فان موجب اصل
الغصب انما هو رد العين ولا يصار الي رد المثل او القيمة الا بعد هلاك
العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل او القيمة حكم الغصب الا بعد
حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احري منه واما ثانيا فلان كون
ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا لفصله عما
قبله بان يورد في فصل علي حدة فلم يتم قوله وحق الفصل عما قبله وكان
صاحب الغاية تدارك حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد ذلك
لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك
العارض من المسائل في فصل علي حدة لا بيان وجه مجرد ذكره متاخرا

لا يقال ذكر رد المثل او القيمة فيما قبل ايضا وقع
بطريق التبعية لذكر رد العين لانا نقول ترتيب
هذا الكتاب الا بجعل ذلك الا اعتذار لان بيان
لزوم ضمان المثل وضمان القيمة قد تقدم في صدر
الكتاب علي بيان وجوب رد العين وجعل
طويلة الذيل ثم ذكر وجوب رد العين فان
بيت تبعية الاول للثاني في باب

عما قبله قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى
زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها قال في العناية قوله
بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل ان صار العنب زبيبا
بنفسه او خلا او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه
وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب
شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها
يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة
اذا غصبها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة
وكشكا ونشا وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله
زال اسمها تناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا
لفظ العناية اقول فيه نظر فان كون قيد وعظم منافعها في هذه
المسئلة مذكورا لمجرد التاكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات
من المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يقبله الطباع السليمة
فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب انه احتراز عما اذا غصب شاة
فذبحها وارتبها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالكها كما سياتي
في الكتاب مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل عظم منافعها
وهو اللحمية كما سياتي التصريح به في عامة الشروح حتى العناية نفسها
ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر قوله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق
لا يضمنه النقصان عنده قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة
اقول ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح في بيان قول

المقن

المقن فيما سياتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد
بجعلها دقيقا فانى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد نقصان
الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق
عين الحنطة من وجه فكان له ان ياخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على
انه جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة
وقال فلما ثبتت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة
اخذ عين الحنطة ولو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز ان ياخذ معها شيئا
آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما مر فكذلك
ههنا انتهى اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة
نقصانها بسبب فوات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير
نقصان الوصف لكن الظاهر من مثله اضافة النقصان الى الوصف
لا الى القيمة كما لا يخفى قوله للشافعي ان العين باق الخ قال صاحب
العناية قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا اقول
ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة ههنا في نسخ الهداية الصحيحة
اصلا ولو سلم وجودها فالظاهر انها للابتداء اذ لو كانت للعطف
على قوله لانه يؤدي الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين بكلام اجنبي
وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن ابي يوسف انه يزول
ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا
وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه
آخر حيث قال فيلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند
ابي يوسف هذا خلف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان معنى قوله

وكذا قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازداد قيمة الحنطة بجعلها دقيقا ح

للشافعي ان العين باق ان له في اثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى
ايضا على تقدير ان يكون وللشافعي عطفا على قوله لانه يؤدي الى الزوال
لان له في اثبات مذهب ابي يوسف كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم
جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف كيف ولو لزم ما توهمه من المحذور
ههنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف يقال فيه عند اقامة ادلة المذاهب
له كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا او ثالثا من تلك الادلة
بالواو معطوف على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من
جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا انه احدث صنعة متقومة فانه معطوف
قطعا على قوله للشافعي ان العين باق مع انه ليس بتعليل لما علله الشافعي
بلا ريب فالوجه في صحة العطف في امثال ذلك كلها ان المعنى ان له في
اثبات مذهبه كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه اصلا فاحفظ
هذا فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** بخلاف الشاة لان اسمه
باق بعد الذبح والسلخ • هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما اذا ذبح
الشاة المغصوبة وسلخها واربها وتقريره ان العلة حدوث الفعل
من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال
شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيما بعد
التاريب ولا يقال شاة مؤربة بل يقال لحم مؤرب فقد حصل الفعل و
تبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد
ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم
ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا
يكون دليل تبدل العين كذا في العناية وغيرها **اقول** الجواب

المذكور

المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المص فيما ذكره جوابا عما استشهد به
الشافعي من مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل
المخالفة بينها وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ
فورد عليه قطعا ان يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا شك
ان اسم الشاة لم يبق بعد التاريب فلم يتحقق المخالفة بينها وبين ما
نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المص جوابا
عما استشهد به الشافعي نعم يمكن ان يجاب عما استشهد به الشافعي
راسا بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما اجاب به المص
عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقريب **قوله** وكذا اذا
ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضاء منه لانه لا يقضي
الا بطلبه • في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك
نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرها
فقال صاحب الكفاية في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب
منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل
قوله لانه لا يقضي الا بطلبه انتهى واختار شارح الشريعة الاحتمال
الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم بان كان المغصوب
مال اليتيم او الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير
ذلك يعني اذا كان مال اليتيم **اقول** يرد على الاحتمال الاول ان قول
المص في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لان من كان
القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور
منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيرا جدا او كما اذا كان الغائب بعيدا غير

عالم بالقضية اصلا ويرد على الاحتمال الثاني ان قول المص قبيل هذا
وكذا اذا ادى بالقضاء يابى ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب
عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياله لكونه
نائبا منابه فكان القضاء هناك ايضا بطلب المغصوب منه حكما وعن
الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على تقدير ان يكون معنى قوله
ضمنه الحاكم قضى بالضمان مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع اداء البدل
من الغاصب والمراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى بالقضاء اداء البدل
بالقضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك
اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا
ان قول المص فيما قبل واذا ادى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان اداء
الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه الضمان فيلزم ان يكون قوله
او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب عنه بانه يجوز ان يكون المراد
بتضمين المالك اخذه الضمان بغير رضى الغاصب وبغير القضاء دون
مطلق اخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل واذا ادى البدل اداؤه برضاه
دون مطلق الاداء والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا ادى بالقضاء
واداؤه برضاه انما يستلزم اخذ الضمان برضاه دون اخذه بغير رضاه
فلا استدراك بقي الكلام في قول صاحب الكفاية او تراضيا على
مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذ التراضي قد كان معتبرا
في قول المص واذا ادى البدل يباح كما دل عليه تعليله هناك بقوله
لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب
عنه ايضا بان المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان اي على بعض منه

والمراد

والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية
واندفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان حمل قول
المص او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان تمحل بعيد
اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج
الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك اي طلب المالك من الغاصب
الضمان بحل الانتفاع قبل اداء الضمان انتهى واقتفى اثره الشارح العيني
اقول فيه ايضا بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل قوله
ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها
ذكر في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة
واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى و
قال صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك ان
تاملت في قوله وجه آخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب على من له ذوق
صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه آخر لنا فيه لان حاصله ان
ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك
فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب ان الضرر المجبور دون الضرر
المحض فلا يرتكب الضرر الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادني ولا يخفى على
ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء
اكثر من قيمة الساجة وبين العكس اذ لا نشك ان الضرر المحض اشد واثقل
من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني لدفع الاول على كل
حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر
وجه ذلك ان لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فان ما هو اقل قيمة

يكون اخف وايسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قد منّاه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكا ولا نشك ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساجة كان البناء غالبا على الساجة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة متقومة صيّر احداثها حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب من وجه هالكا ح

واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فانما تكون الساجة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تأمل تفهم

قوله ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهب اليه مجبور بالقيمة. بيانه ان فيما قاله الشافعي اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرارا بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا الى خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان

اقول لقائل ان يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتقاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل **قوله** كما اذا خاط بخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينة

قال

قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره اولى لان بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه واخراج الساجة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد لا يباح له نزع الخيط واللوح فليتأمل انتهى

اقول ليس ذلك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب على انه لو كان البناء والساجة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حينئذ فلا يكون داخلا فيما وقع معنيا ههنا ولا يتحقق فيه العلة المعتبرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير اذن المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه اصلا **قوله** يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك اي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر لان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي فكيف يرد مجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته



اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر علي المتقدم باقامة الدليل امّا بمجرد الرواية
فلا انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ان اراد انّ استناد
رواية القدوري في جميع مسائل مختصره او في المسئلة التي نحن بصددها
الي الكرخيّ فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بانّ القدوري
قال في شرحه لمختصر الكرخيّ وكان ابو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة
علي انه بني علي حوالي الساحة لانه غير متعدّ في البناء علي ملكه فلا ينقض و
امّا اذا بني علي نفس الساحة ينقض بناؤه لانه تعدّي فيه وكان الهندواني
يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصّرف فيمن غصب درهما فجعله
عروة مزادة سقط حقّ مالكه والفضّة لا يسقط حقّ مالكها عنها بالصياغة
وانما اسقطه بكونها تابعة للمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها علي
علي وجه التعدّي فدلّ علي انّ المسئلة علي اطلاقها وانه لا حقّ للمالك
في الساحة في الوجهين وقال الي هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك
انّ ما نقله عن القدوري صريح في انّ القدوري لا يقبل رواية الكرخيّ
هذه المسئلة علي التقييد بان بني علي حوالي الساحة ويستدل علي
اطلاقها بمسئلة كتاب الصّرف كما تري فتعيّن انّ رواية القدوري
هذه المسئلة بان قال فبني عليها لا تستند الي الكرخيّ بل هو في هذه
الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان اراد انّ استناد
رواية القدوري في اكثر المسائل الي الكرخيّ بالطّريق المزبور فهو مسلّم
لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فانّ الكلام في مسئلة الساحة وهو في
روايتها يخالف الكرخيّ كما عرفت **قوله** ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمّنه قيمتها وسلّمها اليه وان شاء ضمّنه نقصانها وكذا

الجزور

الجزور وهو ما اعدّ للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع علي الذكر
والانثي وهي تؤنث كذا قالوا وانّما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة
من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد علي اختيار
تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب
تفويت صلاحيتها للدرّ والنّسل والجزور هي التي اعدّت للذبح فلم يكن
الدرّ والنسل مطلوبين منها فينبغي ان لا يضمن الغاصب النقصان بل استحقّ
اجر المثل من جزارته علي المالك لانه حقّق مقصوده فيها فكان زيادة لا
نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد
الصبغ اذا اختار اخذ الثوب لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة
بقوله وكذا الجزور وذلك لانّ نفس ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان
للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوي الدرّ والنّسل
من الاسمان وتبقيتها الي زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومواجع
الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعني بعبارة اخري حيث
قال وانّما خصّه لدفع ما عسي ان يتوهم انّ غاصبه يجب ان يستحقّ اجر المثل
لجزارته علي المالك لانه حقّق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا
حيث اعدّ للجزر غير مطلوب منه الدرّ والنّسل وذلك لانّ نفس ازالة الحيوة
عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود
سواها من زيادة الاسمان والتاخير الي وقت آخر لمصلحة له في ذلك انتهى
كلامه وردّ عليه بعض الفضلاء (مولانا السعدي) قوله وانّما خصّه لدفع ما عسي ان يتوهم انّ
غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لانّ فعله
لو لم يكن غصبا فهو تبرّع لا يستحقّ به الاجر وقال فالاولي طيّ قضية الاستحقاق

اجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب ان لايكون غاصبا انتهى
اقول ان قوله لامجال لهذا التوهم اصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم
يكن غصبا فهو تبرع لايستحق به الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما زاده
الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه المالك اذا اختار اخذ
الثوب كما سياتي فلم لايجوز ان لايكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح
جزور غيره بل استحق اجر المثل بناء على انه حقق مقصود المالك وهذا القدر من
القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا اقل من ان يكون منشا للتوهم فلا
بد من دفع ذلك التوهم فاشار المص الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو
مراد الشراح ههنا ولا غبار عليه قوله ولو كانت الدابة غير ماكول
اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان
حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يديها على قوله
ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل انهما في
الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية
والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله
اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين
احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم
والثاني ان التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم
وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود
الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اقول القائل بعدم فائدة
التقييد بغير ماكول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما

المراد

واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر انه هو
صاحب غاية البيان اذ لم ينقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى
صاحب الغاية الا ان ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب
الغاية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم وغير ماكول
اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر من قبل انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد
على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما
على حمل مراد المقر على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم وعبارة صاحب
الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول
اللحم وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية ثم صرح
ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المص تخيير المالك بين تضمين قيمتها
وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيارا منه وان كان
نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام
عن محمد رجل قطع يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان
انتهى كلامه اقول لمانع ان يمنع مخالفة ما اختاره المص لنقل الكتب المذكورة لان
ما رواه هشام عن محمد رح من جواز اختيار الامساك واخذ النقصان فيما اذا قطع
طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره
المص وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة
قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه
فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه
دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المص ولو

كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها
اي الواجب هنا جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك
منقول قال منه
من كل وجه اما اذا كان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في
المنتقى من رواية هشام عن محمد رح **قوله** لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس
لعرق ظالم حق • صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي لذي عرق ظالم وهو
الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها ووصف العرق
بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب
ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها **اقول** فيما ذكر في المغرب شيء وهو
انه قدر المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا
ثانيا وبينهما تنافر لانه اذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في
قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة
ذا وجره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون للمصير الى التجوز وجه ومن هذا
ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق
بالظلم على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي لذي عرق
ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا محذوفا مقدرا **وقال** بعض الفضلاء و
مولانا سعدي
لا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة انتهى **اقول** هذا الكلام من مثله
امر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف
الى نكرة ومعرفة ان اضيف الى معرفة وعن هذا قال العلامة الجوهري في صحاح
وانما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا فان وصفت به نكرة اضفته
الى نكرة وان وصفت به معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه الى
مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا ريب ان المضاف اليه لذي فيما نحن فيه وهو

عرق نكرة فيكون المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا
لذي لانه معرفة وكان وهمه ذهب الى ذي التي هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة
التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم نبوة **قوله**
ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق
فيها الخ **اقول** لمتوهم ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي
وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى فالجواب
ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي
تحققه في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة
وقال صاحب غاية البيان قد مر في اوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب
فيما ينقل ويحول ان عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه
يوجب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم
يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب
ارضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بان يقال لما تصور بصورة الغصب
سماه غصبا كما في قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلام
اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم يقل احد من مشايخنا ان الغصب
الشرعي يتحقق عند ابي حنيفة وابي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح
منه ان يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك
المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه
عند احد وانما اغتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في
العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام بحمله على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا

فلا وجه لبناء عدوم ورود السؤال على قوله ومن غصب ارضا على القول بتحقق
الغصب الشرعي في العقار على انه لو بني عليه لورد السؤال على قول المص في
تعليل ذلك الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في
العقار بانه لما كان من صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه
من الحمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى **فصل** لما فرغ من
ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل
متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو داب المصنفين كذا في النهاية وذكره
صاحب العناية ايضا بعبارة اقصر **اقول** فيه كلام وهو ان المذكور في
الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشهد به
هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله
واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال
ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل
السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها
فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا
قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح للملك
كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك
فيملكه دفعا للضرر عنه **قال** صاحب العناية بعد شرح كلام المص وكلامه يشير الى
ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا انتهى **و**
اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته لا يهمنا غاية
ان يكون وجها آخر لنا في الجواب انتهى **اقول** كيف لا يهمنا عدم مناسبة تعليله
وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزييف دليل خصمنا مما يهمنا لا محالة فلو لم يكن سبب

الملك

الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المص بيان عدم مناسبة تعليله لما
قلنا لتنزيف به دليله **فان قيل** قد استغنى المص عن تزييف دليله بهذا
الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الخ كما اشار اليه ذلك البعض
بقوله غايته ان يكون وجها آخر لنا في الجواب **قلنا** ما ذكره بقوله ولنا انه ملك
البدل الخ لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي الا بطريق المعارضة باقامة دليل على
خلاف ما قاله الشافعي ولا يندفع به اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا
للملك كما ذكره الشافعي في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب
لما ترك منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قال له الخصم فهل يستغني
العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان التشبث به بمثل ما ذكره المص
مما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قال الخصم كما ترى فصح ما ذهب
اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المص ههنا يشير الى ان سبب الملك
عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي ابو زيد في الاسرار حيث قال علماؤنا الغصب
يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي عليه **قوله** الا ان يقيم
المالك البينة باكثر من ذلك. فان عجز المالك عن اقامة البينة وطلب يمين
الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على
دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا
ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله
ولو اقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي ابو علي النسفي يقول هذه المسئلة
عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح
لان المودع ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة و
اما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين

فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها اقول فيما ذكروا من وجه النظر فانه انما يفيد ان لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع الا اليمين

من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع
صح

وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لان الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يغيرها وجوب القيمة على الغاصب لان الواجب عليه فيما اذا عجز المالك عن اقامة البينة على الاكثر انما هو الاقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من اقامة البينة عليه الا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه واذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة قبول البينة فتدبر

قوله ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار واجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح اقول في الجواب بحث
كالنهاية ومعراج الدراية وشرح العيني

لان الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح اعتاقه وتدبيره اذ الظاهر ان محل الاعتاق والتدبير لا يكون الا مالا مملوكا وقد تقرر في محله انه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم ان يكون مالا ولئن سلم ان محل الاعتاق والتدبير لا يلزم ان يكون مالا بل يكفي ان يكون ملكا وان الملك يجوز ان يتحقق في غير المال ايضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لان الحاصل منه ان وجه عدم ضمان الولد فيما اذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال

مالا الا ان يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك ان هذه العبارة لا تتناول ما اذا غصب الجارية حاملا مع انه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة ايضا كما ذكر في الاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع اقول هذا انما يتم فيما اذا غصب الجارية غير حامل فحبلت في يد الغاصب واما فيما اذا غصبها حاملا فلا لان الولد في هذه الصورة كان جزءا من امه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن امه مستلزما لازالتها عنه ايضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالتها عن اجزائه فلا يتصور اذ ذاك ان يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بان يقال اذ الظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه ايضا وقد صرحوا بانه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بان الام مضمونة البتة والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد كالحرية والرق والملك في الشراء واجيب بان الضمان ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا انتهى كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحبا النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ولمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا

الاعتبار يصير وصفا له ايضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل
الفاظ العام وحقيقة حيث قال ان الفعل المتعدي يحتاج الى المفعول به في التعقل
والوجود جميعا والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا
الاعتبار هو وصف له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصف له وقال و
لا امتناع في قيام الاضافيات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشف ان الضرب
قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد
ظهر منه ان الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال
ايضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء الشراح فان وصف به المال كان مجازا
ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق
العلة المذكورة فيها فكان امارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن
وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب وكالملتقط اذا لم يشهد مع القدرة
على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور ان منع الولد يضمن به الولد ولم يزل
يدا في حق الولد ويضمن الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك
وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا ان الغصب على التغير
المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة واما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم
نلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من
العلة مما يكون تعديا الى هنا كلامه اقول هذا الجواب ليس بتام
لانه انما يفيد ان لو كان المراد بالسؤال المذكور ان الغصب على التغير المذكور
يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المذبورة بدون
تحقق الغصب على التغير المذكور فيها واما اذا كان المراد بذلك ان تعليل مسئلتنا
بالعلة المذكورة في الكتاب ينتقض بالصور المذبورة لان حاصل هذه العلة ان

قولک صح

تغير

تغير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها
ولا شك ان ذلك التغير غير متحقق في الصورة المذبورة ايضا مع وجوب
الضمان فيها فلا يدفع الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن
فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت
فراجعهما قوله ولهذا يتكرر بتكرره قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل
اي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج
الصيد عن الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم يجب
ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي ولكن يحتمل ان يكون معناه تكرر وجوب
الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى لانه
اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرم
الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا اوصل
المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء و
لكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا الى هنا لفظ
النهاية واقتفى اثره اكثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا
ولكن لم يقل احد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب
العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية
فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج
ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب
الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول
لا جواز عندي للمعنى الثاني ههنا اصلا فضلا عن ان يكون هو الاولى
كما زعمه صاحب النهاية فان قول المص ولهذا يتكرر بتكرره ممنوع

على قوله فهو ضمان جناية كما نرى ولا يصح هذا التوزيع على تقدير حمل قوله تتكرر
بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من
الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب
فان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية
ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في
المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال
جعل هناك ايصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه
وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب
من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا ههنا انتهى تدبر
تقف **قوله** ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او
العلوق على ما عرف. ذهبت جماعة من الشراح وهم اصحاب النهاية و
الكفاية ومواهب الدراية الى ان قول المص على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة
من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى
انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني
وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل
في مسئلة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيء انتهى **اقول** لا
مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة
والنقصان وبما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت
ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح ان يكون سببا للآخر ايضا البتة
حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المص فيما سيأتي
وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا

انتهى

انتهى فان ذلك صريح في ان الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة
ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاءه الى الموت ابعد من افضاء الولادة
اليه كما لا يخفى مع انه حكم ههنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة او
العلوق ثم ان المعروف في الحوالة على ما يجيء ان يقال على ما يجيء او على ما سيعرف
بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه
هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير **قوله** وعند ذلك لا يعد نقصانا
فلا يوجب ضمانا. لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت
الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع ادخل الثمن
في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية البيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا
شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا
وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح واعترض بانه لم يخرج
جواب الخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا
لنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بان المص اشار الى جوابه بقوله
لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع
هذا زبدة ما في النهاية والعناية **اقول** الجواب منظور فيه فان النقصان
امر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذا وضع مسئلتنا فيما اذا انتقصت الجارية
بالولادة ولا يرى وجه لان لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى
انجبار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح
قاطبة في شرح قول المص وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله
في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان اطلاق الجابر عليه توسعا ولم يوجد الجبر

حيث كانت الزيادة خلفا عن النقصان

نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب صح

حقيقة لم يظهر وجه لان يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب فيما
نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا و
حاشا لائمتنا من ذلك فليتامل **قوله** وصار كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت اقول لقائل ان يقول لا
اتحاد في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان و
هو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية في الصورة الثانية يغاير سبب
الزيادة وهو السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المصنف فيما
بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد
في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت ههنا بالقياس على تينك الصورتين
مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول في الجواب ان الفرق
باتحاد السبب وعدم اتحاده انما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان
كما هو مدعى الخصم اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه
عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف
عدم اتحاده اذ لا وجه عنده اصلا لان لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح
ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط
الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز ان لا يعد النقصان هناك نقصانا
فلان سقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يعد النقصان ههنا نقصانا
اولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم يسبق
الى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف
العوائم والصوف انتهى اقول ليس هذا بشيء لان الثنية وان لم يكن لها
قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية

مولانا السعدي

المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه **قوله** والهلاك بعده بسبب
حدث في يد المالك وهو الولادة اقول يرد عليه ان الظاهر انه جعل
الولادة ههنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بانها ليست بسبب للموت
حيث قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه
غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتامل في التوجيه **قوله** ولنا انها حصلت
على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها
اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه لقائل ان يقول
مقتضى هذا الدليل ان لا يجب الاجرة على المستاجر فيما اذا احدثت المنافع في
يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما
لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك
بالاجماع ولم ار احدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهور وروده الا صاحب
غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا
بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء
المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطي لما هو
وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى
اقول هذا الجواب وان كان مما يصلح ان يكون مخلصا ههنا الا انه يستدعي
ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع
بعوض وقولهم والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة
وقولهم وتنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لان المعاوضة
تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة
على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام

[illegible]

المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الي غير ذلك من الاقوال الدالة علي كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر تامل تقف ثم اقول الاولي في الجواب عندي ان يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة علي المستاجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو علي موجب القياس وقد تقرر في اول كتاب الاجارة ان القياس يابي جوازها الا انها جوزت علي خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الانسان وان جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة علي المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت علي ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك الموجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة علي موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يترتب فيه ما يخالف القياس فتدبر **قوله** ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل علي ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل علي انها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعي عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبني تقرير المصنف هذا الدليل علي الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الي ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة علي الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به احد او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقي وقتين والعين تبقي

البهاصح

ادفانا

اوقاتا وبين ما يبقي وما لا يبقي تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني علي المماثلة بالنص والاجماع ويرشد اليه ايضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولان المنافع لو كانت مضمونة علي الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع او بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز ان تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالي فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم انتهي قال صاحب العناية واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقي فدل علي ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان التفاوت الي مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين باق وابقي فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الي انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا يري ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلي دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل ان التفاوت بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات انتهي كلامه **اقول** فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلان تنويره بقوله الا يري ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبلي دون الاخر ليس بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل علي جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضاء تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته الف بالوف

ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا الا يرى ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد كما اذا استأجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا يتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهمه لان التفاوت في الاول بين جوهر وجوهر وهو تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا نشك ان جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش الا يرى ان التفاوت الفاحش الذي بين جوهر وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال اليتيم ايضا كذلك فمن اين ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو تجرد ما لا يعد عيبا في التصرفات ثم يجوز ان يكون المراد بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك لكنه انما يعرف بدليل آخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير هذه المآخذ اي العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكره اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى آخره انتهى اقول فيه نوع خلل لانه قال او ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وان اشار اليه المص بهذه المآخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا باقواله المزبورة لا امر

آخر

قوله فكيف يصح العطف بكلمة او وبيان للواقع والا لا عطف [illegible]
اراد ان العطف الا [illegible]
التغاير بين المعطوفين [illegible]
يمكن توجيهه [illegible]
بيان وهي ما [illegible] اولا [illegible]

آخر فكيف يصح العطف بكلمة او وقال صاحب الغاية ههنا اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم واراد بالمآخذ ما ذكره اولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد على ظاهره ان العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المص اولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح اراد بالمآخذ هذا واراد بها ذاك والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله اراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا وبقوله واراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال اراد بمعنى المآخذ ههنا هذا واراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذاك والمغايرة بين المفهوم وما صدق هو عليه ظاهرة فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بهذه المآخذ ما ذكره الخ لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن ثم اقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقياس بضمان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان

يشير الى [illegible] قوله اراد بالمآخذ [illegible]
لكان حقا الكلام ان يقول وما [illegible]
ان يقول واراد بالمآخذ ما [illegible]
على منواله [illegible] الى اسلوب الكلام

في خلاف ذلك اشكل جدا

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل
لان الغصب بحده الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب
ما لا يتقوم باعتبار عرضيته ان يصير متقوما اما باعتبار ديانة المغصوب منه
بانه متقوم او بتغيره في نفسه الي التقوم انتهي كلامه وقد اقتفي اثره صاحب
العناية اقول لا يذهب عليك انه لا حاجة ههنا الي المصير الي اعتبار عرضية
ان يصير ما لا يتقوم متقوما باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر
الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه
في بعضها
في ما لا ضمان فيه كاتلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية ان يصير
متقوما باعتبار ما اصلا فان اعتبار عرضية ان يصير متقوما مما لا تاثير له في
حكم عدم الضمان قطعا بل له نوع اباء عنه ولعل بعض الشراح تنبهوا لهذا فتركوا
حديث اعتبار عرضية ان يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ من
بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهي
ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل
شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به
الضمان ام لا انتهي قوله ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا
والخنزير كالشاة اقول فيه اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال انهم اتباع
لنا في الاحكام وتمسك بقوله عليه الصلوة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم
ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما علي المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح
فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الدال علي
كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح علي ما عرف في

علم

علم الاصول فان قلت نحن امرنا بان نتركهم وما يدينون كما ذكر في اثناء
التعليل من قبلنا فيدل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام
اتركوهم وما يدينون علي مدعانا ههنا قلت للخصم ان يقول المراد بما يدينون
الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات
ايضا فيتحقق التعارض بين النصين فمن اين يثبت الرجحان والثاني انه قد
تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان والعقوبات
والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المؤاخذة في الآخرة واما في حق وجوب الاداء
في الدنيا فمختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب
الدال علي عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل واحد
منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص
الدال علي كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان عمر رضي الله عنه حين سال عماله
ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا
ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث
جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكره احد فحل محل الاجماع وقد صرح
به بعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات
ونحوها فيما يحتمل الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يحتمله فلا يكونون مخاطبين
بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر كانت متقومة في شريعة
من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقي الي ان يوجد المزيل
والمزيل وهو قوله تعالي رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل
السباق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي ما كان
من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال التعميم للكفار ايضا وكذا الحال

في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير
كانا حلالين في الامم الماضية وكذلك في حق هذه الامة في ابتدآء الاسلام
ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حراما عليهم وبقيا حلالا
على الكفار كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم
خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا الا ترى الى خطاب
الله تعالى المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر
والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن
هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال واما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشائخنا
قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كالخل في حقنا
والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما
مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة
صالح لاقامة مصلحة البقآء والاصل في اسباب البقآء هو الاطلاق الا ان الحرمة
في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد ههنا او يوجد
لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم
العداوة والبغضآء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان
الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب
المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا يثبت
الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين
لان الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمات عندنا ^{اي بعض مشائخنا} هو الصحيح من الاقوال

علما في

على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان احدهما ان
الخمر وان لم تكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني
بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف يعتمد كون المحل المغصوب
والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر و
الجحش وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان
الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير بحا لما روي
عن علي رض انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب وقد دانوا
شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وفي نفي الضمان
بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب
او اتلف لا يواخذ بالضمان يقدم على ذلك ومن ذلك منعهم والتعرض لهم من
حيث المعنى والله اعلم الى ههنا عبارة البدائع قوله ونحن امرنا بان نتركهم و
ما يدينون اقول لقائل ان يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض
الامور كاحداث البيعة والكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون
منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثنى مما يدينون
بدلائل ذكرت في مواضعها كما ان الربوا مستثنى من عقودهم بقوله عليه
الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سياتي بيانه
عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية وينتقض بما اذا مات
المجوسي عن ابنتين احديهما امراته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من
الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة
من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانتهم ثم لم
نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بانكحة

اقول يرد علينا بهذا الوجه الاول انه
يقتضي وجوب الضمان فيما اذا اتلف خمر مسلم ايضا
لجريانه فيه ايضا بعينه مع انه لا ضمان فيه بالاجماع
فتامل

المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث
قال فيه ان مراد الناقض انا اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك
لا نورثهما انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم
توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم
التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة
اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الابدي ان الميراث يمتنع بالرق
واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان
اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم
بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يقررنا انما هو النقض
بما هو امر واقع لا بما هو فرض محض نعم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان للسائل
ان يورد النقض حينئذ بمسلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تستحق شيئا
من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من
زوجها مقرر في جميع الاديان اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن
الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتامل في الجواب **قوله**
وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى ان يتعلق
بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق ما بعده من العطف
انتهى اقول تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا
مع كونها تاباى عن ذلك حد الاستقيم ان يكون الربوا في خلاف قوله نحن
امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربوا لما كان مستثنى من عقودهم
وكان ذلك فسقا منهم لانه ثبت بالمبسوط حرمة الربوا في دينهم بقوله تعالى واخذهم

الربوا وقد نهوا عنه كما صرح به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم
عن الربوا منافيا لقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة
وعلى تقدير ان يكون قول المص وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله نحن امرنا ان
نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون
ملتبس بخلاف الربوا وليس بهذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما
كما بيّنا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا متعلقا بقوله
لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير
المعنى وهذا اي عدم كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف
الربوا لكنهم ممنوعين عن الربوا ولا يخفى ان هذا المعنى سديد وان كلمة هذا
التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى ان
يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير انتهى اقول
هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر و
الخنزير بتاويل ما ذكر كما زعمه يصير المعنى وهذا اي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس
بخلاف الربوا فلا يبقى لتعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى و
ان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في الضمان ليحصل نوع
تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في
الاتلاف ومسئلة الربوا مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم **قوله** وبخلاف
متروك التسمية لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال في العناية يعني
لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان
نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الحقية فيه بالطريق الاولى
وحينئذ يجب ان نقول بموجب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا

لان الربوا من خلاف بملابسة
والمعنى ملتبس بخلاف
مدلوا في مواقعه ظاهرا

ووهم اصحاب النهاية وموافقة
الدراية في كتاب البيان

ان يقول صح

لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله ان ولاية المحاجة
ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا
ما قالوه ولقائل لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال علي
ترك المحاجة مع اهل الذمة دال علي تركها مع المجتهدين بالطريق الاولي علي
ما قررتم والجواب ان الدليل هو قوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون
وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الي هنا لفظ العناية و
اعترض بعض الفضلاء علي الجواب المذكور من الآخر حيث قال فيه بحث فان
مولانا السعدي
القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر علي خلاف مذهبه انتهي اقول ليس هذا
بقطعة اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن
ما حكم به قاض آخر مما يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع واما اذا
كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلثة فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا
كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا لما يخالف الكتاب بالحكم بحل
متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالي ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما
ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلوة و
السلام اتركوهم وما يدينون اي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين
فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك المحاجة لا دلالة ولا قياسا
ولا يخفي ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال علي ترك المحاجة مع اهل
الذمة دل علي تركها مع المجتهدين بالطريق الاولي وان تنفيذ القاضي
ما حكم به قاض آخر علي خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور السؤال
المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه من محله قوله ولو هلك في يده لا يضمن

حديث صح

بالاجماع قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الي دليل لان دليله الاجماع
فلهذا لم يذكره المص انتهي اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج
الي دليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة الشرعية
فان الاجماع عليه بالمعني المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المص
بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا الثلثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم و
بين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة الذي هو من
الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في
عصر من امة محمد صلي الله عليه وسلم علي حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن
فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلثة يعني مالكا و
الشافعي واحمد لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن واما
اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ علي قول لا يلزمه رده فلا
يضمن وفي قول وجب رده يضمن انتهي فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلثة
لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا من معاصري ابي ح
والشافعي من معاصري محمد فتحقق اجماع الامة في زمنهم علي عدم الضمان
في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخري من قبل فلم يمكن
حمل الاجماع المذكور علي اجماع الامة كما لا يخفي وقال صاحب النهاية ههنا ولم
يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه
لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان
قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا
بفعل موصوف بالتعدي انتهي كلامه اقول ظهور هذا الدليل المفصل الدائر
علي الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها في سائر المسائل

الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة
قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم
صح

ستيا دليل وجوب الضمان في استهلاك الخل ممنوع ولو سلم فليس من داب
المص ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم اقول لعل وجه عدم
ذكر المص دليل هذه المسئلة ههنا انفهامه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك
يرشدك اليه قطعا قوله في اثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه بتقرير ذلك
قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ
فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب
الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى اقول هذا النظر ساقط اذ لا نسلم اولا ان نفس
الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين
على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل او القيمة بالهلاك او
الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون
الاستهلاك ايضا سببا له ومقصود المص قياس المتنازع فيه على تلك الصورة
في كون التعدي بالاستهلاك سببا الضمان المتعدي ما استهلكه واعطاء المالك
ما زاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر ان في
جانب المقيس عليه سببا آخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب
المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك
جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد على ملك
صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كما في الثوب الا ان هناك السبب الاول
هو الغصب موجب للضمان ايضا فله ان يضمنه باي السببين شاء وههنا
السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب
الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه
ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه

قوله

قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك
من غير صنعه قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعه
فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك
الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه
واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا نشك ان عدم الضمان في
صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة
غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم
تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما اشار اليه صاحب
النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا
للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي
وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون الماخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة
الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل
الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة
فدبغه فحين الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب
ويؤيد ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك
بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد صورة
الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك
والاستهلاك او كان مجرد حصول التقوم للماخوذ بعد الاخذ كافيا في تحقق
الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد
الآخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول لما ظهر بما بيناه ان كون مراد

وأما سائر الشراح فسكتوا عن التعرض لشرح هذا المحل

المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا
يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا
ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك
من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان
السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس
على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون
فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك
المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب ان يكون هذا السبب هو السبب
في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان
في صورة الهلاك بل جاز ان يكون له فيها سبب آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف
بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء
احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم ان لا يصح قولهما
والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تامل تقف **قوله** و
لو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته
قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة **قال**
الشارح في تفسير قوله قيل له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك كما في الخفي
اقول تعليل هذا القول الاتفاقي بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف
صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على اصل الامامين
اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه
مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا

اي مطلقا بلا خلاف وينتفي هذا التغير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك ح

[illegible]

فصبغه

فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا
صريح في خلاف ذلك كما ترى **لا يقال** المراد ههنا ان الجلد لا قيمة له وقت
الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر ان الجلد مال
متقوم بعد الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة **لانا نقول** الكلام فيما
اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا
متقوما بالدباغ كما اشار اليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل
ما قيل ليس له ذلك بلا خلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف
الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه
مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب
عليه الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما
بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر **على** انه لو كان المراد ههنا ان الجلد لا
قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف
صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تامل **قوله**
لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو
على هذا الخلاف على ما بيناه **قال** صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك
لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم
من جواز التضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك
انتهى **اقول** يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك
كما كان لامر من جهة الغاصب كذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب
وضمنه القيمة كان لامر من جهة الغاصب فان المالك انما تركه عليه و
ضمنه القيمة بسبب ان الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على

المالك على تقدير اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه
او لا يهبه ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه
الا يرى انه لو دبغه بلا قيمة له فكان هو مالكه بلا شيء كما سيجيء لم
يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند احد اصلا قوله ثم قيل
يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلف المشائخ في كيفية التضمين
على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ
كذا في الشروح اقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي
فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة
جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المص فيما مر في بيان اخذ الجلد واعطاء
ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا
فيضمن ما بينهما وذلك صريح في ان ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء
ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور
والمآل واحد

كتاب الشفعة

وجه مناسبة
الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها
عليه لكونها مشروعة دونه لكن توقف الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة
بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات
والمزارعات اوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول
لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم
كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن

تقديم

تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توقف الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه
لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب
السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء
(مولانا السعدي) بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب
يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول
ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله
بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب
الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتاتى عموم الغصب للعقار والمنقول
على اصل محمد والشافعي كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف
ما ذهب اليه امامنا الاعظم واما منا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل
اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار و
المنقول عند مالك فانها واجبة في السفن ايضا عنده على ما صرحوا به و
سيأتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة
المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى
الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر
الناذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى
لاعذبنه عذابا شديدا اي لالزمنه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج
الدراية ثم ان الشفعة في اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها
من ضم المشتراة الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم
للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشريعة هي تملك البقعة
جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا انه وقع

في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة
قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره من الاكثر بناء
على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة
هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم ان لا يصح ما تقرر عندهم وسيجيء في
الكتاب من ان الشفعة تجب اي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك
بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك
في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت
حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة
تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون
التحقق وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي
لا محالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك
كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم
الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضاء فلو كانت
الشفعة نفس التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان
يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما
هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة
على الغرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب
الحاصل وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز
طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس
التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم
الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك ايضا لان يكون حكما

للشفعة

للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف
الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة
عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة
الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال
الذي ذكرناه بحذافيره يظهر ذلك بالتامل الصادق ولعل مراد عامة العلماء
ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ
اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن
الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال
ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب

فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا
وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام ان الشركة
مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان
يقال بان الشراء شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة
قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة ... وحدها صح
لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء
عن سائر الحقوق بعد وجود السبب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع
عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة
عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة
المشفوعة بالقضاء او بالرضاء كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا
الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد
الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم تتاكد

وجوبها ويستقر بالطلب فيؤل الي ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون
معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط
المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة
قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة
ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طولى في الفقه على ما هو
بين البطلان ولم يحمله احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام **قوله**
اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم **اقول**
لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة
للشريك الا انه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق
لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام
الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب ومثل بنحو قوله عليه
السلام الائمة من قريش سيما وقد ادخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى
فكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فاقتضى انتفاء حق الشفعة
عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب **قال** صاحب
العناية بعد ذكر الحديث المزبور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار
مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق
للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى **و**اعترض
بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم
الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى
اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط **اما** الاول فلان قول صاحب العناية
واما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه

ان يقال

ان يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام بنفسه ذكره بطريق الاستطراد
بيانا للواقع **واما** الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص
بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق
ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا **قوله** ولقوله
عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما
واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض وقوله ينتظر له
وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في
ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب
العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر
سببه انتهى **قال** في النهاية ومن رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا
ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر
الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق
على الاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله
كلمة احق ولان ما روي عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار
احق بشفعته فهذا ابطل ذلك التاويل انتهى **و**قال بعض الفضلاء على قوله و
مولانا السعدي
ان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق
مقول قال
الاولى ففي كلامه بحث تامله انتهى **اقول** المذكور في كثير من نسخ الهداية
ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشيته ذلك القائل ايضا تلك
النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان تكون شرطية
ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم ان

قوله اذا كان طريقهما واحدا اي اذا كان طريق
البائع والجار واحدا كذا في النهاية والمراد به جار هو
شريك في الطريق وتثبت الحكم في الشرب دلالة
لان الشفعة انما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار
الخلطة وقد وجدت في الشرب كذا في الكافي والكفاية

يكون المعني اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو
وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له
وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك
انه اذا كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى
بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مهلة وكان
المعنى ينتظر له الى ان يجيء وينزع من شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا
لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء وينزع من شفعته مع بعد
زمان الانتظار فلان يجب الانتظار له الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى
لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم قوله وقال الشافعي لا
شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام
للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم
يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على
عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم
فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك
في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك
في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر
وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء
دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما
قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ يختل تفريع قوله فلا

مولانا السعدي

شفعة

شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ
لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه
شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة
نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو
الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام ان يقال و
انه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم
الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار
الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير تندفع
الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المص قال وقال الشافعي
لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار
نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه الجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا
زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا
يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة
فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك
بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار
تدبر قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة
القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع • فسر صاحب معراج الدراية وصاحب
العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المص وهذا ليس في معناه
بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال
اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير

هذا ههنا وفسره عامتهم الوزع في قوله دون الوزع بالجار ايضا وفسر
صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تغير الاصل بما لم
يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والوزع كليهما هو المقسوم
لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان
الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد
الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار رفع لما لم يقسم لان الذي
في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا تمام اشرنا به فقد
الشراح خرجوا في تغير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب
العناية فقد اصاب في تفسير الوزع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب
في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه تدارك بشاعة هذا
التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد
ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف آخر في
قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته اي شفعة ما لم يقسم
لكن لا يخفى انه تمحل بعيد تمحل بلا ضرورة داعية الى شيء منها فالحق
ما قلنا **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار
قال تاج الشريعة ذكر التابيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر
القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب
دفعا للفساد انتهى واقتفى اثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله
مولانا السعدي
والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول
ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة
تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان

ملكه

ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية ايضا فحصل بقوله
اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك **قوله** فيثبت له حق الشفعة عند
وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله
عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة
مهرا انتهى وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة
مهرا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر وان
كان له ملك في الدار المستاجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك
المنافع بعوض فيتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا
ان كلا منهما قد خرجا بقوله اتصال تابيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة
مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك
له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج
بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز
عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز
عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل
منها يتحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق
المعاوضة المالية في شيء منها **قوله** لان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع
مولانا السعدي
لا يلزم ان يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشرى او الهبة
انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطته الاصلية المتقررة اقوى فنعم ما كان ملكا له بالشرى او الهبة
الا انه عبر عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان

اصالتها وتقرّرها وبناءً على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فاحقية الدليل
المذكور بالنظر الي ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله
وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره • هذا جواب عن قول
الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون الوضع يعني ان التعليل
بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر
غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب
العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في
حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر بارد • بل كاسد • لان كون الحديث
الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوّغ
الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر
الرجحان في احد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب
كما عرف في علم اصول الفقه وعلي تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت
مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب
اما ببيان الرجحان فيما رويناه او ببيان المخلص علي وفق قاعدة الاصول
اللهم الا ان يقال يكفينا دليل العقل عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث
لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه
السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل علي
نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك
الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا
وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة
انتهى اقول في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكر

في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه
الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس علي مجرد تخصيص كون الشفعة
فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل علي
نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك علي ان اللام في الشفعة للجنس
لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة علي ما لم يقسم كما في قوله عليه السلام
الائمة من قريش وقد صرح به في اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب
ان اداة القصر تدل علي نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره
تاج الشريعة وهو ان الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق
تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء و
اذا كان كذلك يكون المراد بها في ذلك الحديث اقوى الاسباب و
نحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه علي غيره انتهى
واما في الثاني فلان حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق علي الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي
وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط عنده منها ان لا يخرج الكلام
مخرج العادة كما في قوله تعالي وربائبكم اللاتي في حجوركم علي ما عرف في
الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج
العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل علي انه
اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام بذلك
فلا ينبغي ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا
ايضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي
ايضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند

الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب
العناية قال الاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من
الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون
من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما
صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس
الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بالروايتين اي
جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب
القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة
لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها
كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة
لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية
انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب
عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تاكيد المذكور
لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة
انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد اي
الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك
فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب صح
استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق
الكمال دون نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره
نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله

تعالي

تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم
بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في
علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره
فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور
عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات
المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل
معنى القصر عليه كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام
بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور
عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير
البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الاية المذكورة لقصر
المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي ان يكون
غيره عم بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا
قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط
احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع و
الشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك
بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع
وهما في اللغة سواء انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان
مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالخطا
بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك
هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما
على نوع مما اطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت مرتبة

الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فقد
المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله قال
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة
اقول لا ادري لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال
قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب
والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من
هؤلاء افاد الترتيب ايضا كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة
في افادة التاخر وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه
بلا ريب قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها
الجار لما بينا من الترتيب اقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من
الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي ان يستحق المتاخر عند
وجود المتقدم وتسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث
على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر
شيئا عند وجود المتقدم سلم او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله
باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة
هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب
فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة
فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما سياتي من قوله ووجه
الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره قوله والشريك في
المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية
اخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة

اي قال القدوري بالخفض

اي بعد ان قال القدوري قبيل قوله هذا اهـ

فالشفعة

فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان
المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه
في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل
الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة
تدعو اليه في كلام المص فلا وجه لارتكابه قوله والبقعة واحدة يعني
بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها
او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله و
البقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك
في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول
فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا
هو منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في
استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي
لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض
كان احق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي
هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين اول كلامه وآخره تنافر
لا يخفى قوله قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون
معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير
كتب العربية فالاظهر ان يكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع
للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب
والمعنى المقصود ههنا يحصل به ايضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا
مقتضي للعدول عنه قوله لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما

ببناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
كما ذكر في العناية وكثير من الشروح او في قوله لان الاتصال على هذه
الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب
العناية وهذا قول عامة المشائخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن
الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك
الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع وللجار لتحقق
ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك
الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال
ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع
ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان تجب الشفعة
قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق
بمدخلية اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا
فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل ثم قال صاحب
العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده
بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب
الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد
بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم
كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب
ان ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع
المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل
ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان

المشروط

المشروط هو الجواز او الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا
عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب
ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل
الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل
قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان
يجاب بان المراد بالوجوب في قولهم ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب
الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب
النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب
الزكوة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب ادائها
لا شرط نفس وجوبها فلا يلزم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل
حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء
الزكوة قبل الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما
هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير قوله والوجه فيه ان الشفعة انما
تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع
عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا
التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول
لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المص بقوله
معناه بعده لانه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على
تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على
الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه
بل لا وجه له عند التحقيق لان المص علل تاويله المذكور بقوله لان سببها

الاتصال علي ما بيّناه فما معني ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد
ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الخ متصل باوّل الكلام وهو قوله والشفعة تجب
بعقد البيع ومن عادة المص انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلّها ثم يذكر
دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه
حتي ياخذها الشفيع اذا اقرّ البائع بالبيع وان كان المشتري يكذّبه اقول
فيه تامل اذ قد تقرّر فيما مرّ ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر
الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر انّ ذلك الضرر انما يتحقق
عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع
مع تكذيب المشتري لانّ البائع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل
عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتي يثبت حق الشفعة لدفع ذلك
الضرر تفكّر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب
وسلّم فانّ الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بانّ في
ذلك تردّد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع
ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل علي ذلك لانّ غرض الواهب
المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهي اقول في الجواب
عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك علي مجرد كون غرض
الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فانّ كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته
عن ملكه الا يري انّ غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته
عن المبيع بل يدلّ عليها كما ذكروا وان كان مداره علي صحة الرجوع للواهب
وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح
الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير

شرط

شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فانّ في هذه الصور
لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق
البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله** ولانه يحتاج
الي اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو
انّ احتياجه الي اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه
واما اذا لم ينكره فلا احتياج الي ذلك فعلي مقتضي هذا التعليل ينبغي ان لا
يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع انّ الظاهر من
كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم علي
وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير
معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه
عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الي التعليل
الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في انّ التعليل الثاني هل يصلح ان يكون
دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المص ولانه يحتاج آه **قوله** وتملك
بالاخذ اذا سلّمها المشتري او حكم بها حاكم اقول في عبارة الكتاب
ههنا قصور من وجهين احدهما ان قوله او حكم بها حاكم عطف علي سلّمها
المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيّز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم
فلزم ان يكون معتبرا في حكم الحاكم ايضا علي مقتضي العطف اذ قد تقرّر في علم
الادب انّ المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل امر يجب للمعطوف عليه
بالنظر الي ما قبله مع انّ الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدار
علي ما نصّوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت
الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي اي تملك الدار

مقول قال منه

المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا اسلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم
من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك
بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا
على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان
صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو اي التملك انما يكون بالاخذ
اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء
القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري
دائما فان المص صرح فيما مر آنفا بانه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى
ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي
هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان
يقال اذا اسلمها الخصم بدل قوله اذا اسلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم
البائع كما قال المص فيما بعد قبل حكم الحاكم او تسليم الخاصم تبصر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه
كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر
الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم
لوجه ذكر الشطر الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان
للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر
الخصومات كما ستطلع عليه شرع في بيانها ايضا اصالة قوله اعلم ان الطلب
على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب
بطلت شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله

قبل الباب لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب
ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول
ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد
فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياق التصريح منه بان الاشهاد
فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور
هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم
الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان
المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب
بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك
الطلب ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر
الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا تنافي
بين كلامي المص قوله ولقوله عليه الصلوة الشفعة لمن واثبها اقول في
وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي
الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة
فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام الجنس في الشفعة
ولام الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن
واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لامي الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص
الحمد بالله تعالى فيرد علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك
لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ لا يلزم حينئذ ان يدل ذلك ايضا
على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا
لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل قوله والمراد بقوله في الكتاب

لا يقال بعد ان يكون المراد وبالطلب المذكور هناك
بعد الاشهاد وهو طلب التقرير فلا يلزم ان يكون ذكر
الطلب بعده لغوا لانا نقول قد صرح المص قبل ذلك
بطلب المواثبة حيث قال بعد قوله ونشهد بالاشهاد
ولا بد من طلب المواثبة فعلم مجموع ذلك بقوله لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب فلا جرم
كان مراده بالاشهاد والطلب ما ذكره هنا قبل منه

اشهد في مجلسه ذلك علي المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس
بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية و ذلك لان طلب المواثبة
ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه معرض عن الشفعة
وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره
صاحب العناية و عدّه تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس
لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في
ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا
ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وانما الذي لاثبات
الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم علي ما يقتضيه
كلام المص في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي
عدّه صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما تري
فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الي اثبات طلبه
عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المص فيما قبل الباب وسيأتي
ذكره مرة اخري في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك
انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه
الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة
بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه علي ان في ذلك
الوجه ايضا كلام لانه ان اريد انه يحتاج الي اثبات طلبه عند القاضي و
ان اعترف به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الي اثباته عند التجاحد
فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد
في طلب التقرير ايضا بناء علي ما ذكره الامام قاضي خان في فتاواه حيث

قال

قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات
الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل علي ان الاشهاد في طلب التقرير
ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء علي
ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد علي هذا الطلب فليس
بشرط وانما هو لتوثقه علي تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى
فح كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما
لا يخفى قوله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر
حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار و
في ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره
والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا
في الاخبار هو حال المخبر كعدالته و تعدده مما يورث الوثوق باخباره
ولهذا اعتبره ابو حنيفة فاذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما
فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما
معنى تعليق وجوب الاشهاد علي الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا بكون
الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوي اخبار
الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا
مجال للعلم بكونه حقا وعلي كل حال لا يدي للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر
ثم اعلم انه مما يجب التنبه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة
لا الاشهاد علي ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه
ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه

تاج الشريعة عند قول المص والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا الا
يناقض قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على
الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب
الشفعة انتهى وسياتي نظير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة
فانه كما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر
على ذلك بطلت شفعته حمل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس
طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المص من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها
ايضا من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد
قوله وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك اقول في هذا
التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان
الاشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام
الثلثة للاشهاد اعني الاشهاد على البائع او على المشتري او عند العقار
اللهم الا ان يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير
حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة
هذا الطلب ان يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه
الدار وانا شفيعها بالجوار لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وانا
اطلبها الآن ايضا فاشهدوا ابذلك او يحضر المشتري ويقول هذا ابتاع من
فلان دارا التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر
البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا انتهى
قوله واذا تبين ذلك يساله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال

انا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم تتم بعد
بل لا بد ان يساله ويقول هل قبض المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبض لم
يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يساله عن التسبب ثم يقول
له متى اخبرت بالشرى ليعلم ان المدة طالت اولا فان عند ابي يوسف
ومحمد اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى و
قال وهذا لا يلزم المص لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان
بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك ساله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت
حين علمت او اخبرت من غير لبث ساله عن طلب الاستقرار فان قال
طلبته من غير تاخير ساله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره
فان قال نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية اخذا
من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم
في النقل وافسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا ساله عن طلب المواثبة
فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير لبث ساله عن
طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان
قال نعم ساله ان الذي طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان
قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح
دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي
الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة
بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك ساله عن طلب الاشهاد
فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث ساله عن طلب
الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة

[illegible]

يخالف اصطلاح الفقهاء جدا كيف يظهر ذلك مما احطت به خبرا في اقسام الطلب
وايضا قد قيل فيما قبل سأله متى اخبرت بالشري وكيف صنعت حين اخبر
بالشرى وقد نقله صاحب العناية ايضا فيما قبل فعلى تقدير ان يقال ههنا
ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد مرادا به طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد
السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف
صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال
عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله
عن طلب الاشهاد كما وقع في عباراتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين
المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر واما عدم لزوم
تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك ملقى في صورة الشرطية
مقدمها وهو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكروا فيما قبل
من السؤال بكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار
تأمل تفهم قوله ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري
بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل مع انه ليس بخصم هناك فكان ينبغي ان يزاد
عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من
حقوق العقد وله يد في الدار وكان المص انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا
على انفهامه من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف
بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان
قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع

ط اشارة الى ما صرحوا به من انه لا حكم بالفعل في طرفي الشرطية منه

وجود

وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجد
الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب
التحالف ههنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع
وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب
التحالف ههنا على نهج ما ذكره المص من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ورد به
النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى اقول ليس هذا بشيء صحيح لان
وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما وقع الاختلاف
قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك ايضا انما يوجد في طرف
واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه
بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفا في باب التحالف من كتاب
الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص
ان لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف
المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى
ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري
من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف
وقد افصح عنه شارح الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص
فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات
شرطه وهو الرضاء لم يوجد فلم يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح
هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد

الانكار من الجانبين والدعوي من الجانبين والمشتري لايدعي علي الشفيع
شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معني ما ورد النص فامتنع القياس
انتهى اقول الخلل في كلامه اشدّ واظهر فانه قال اولا لان التحالف
عرف بالنص ايضا فيما لا انكار ولا دعوي الا من جانب واحد كما اذا اختلف
المتبايعان بعد القبض علي ما صرحوا به قاطبة حتى نقله في كتاب الدعوي
بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من
الجانبين والدعوي من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال
آخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق
بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته
بطريق الدلالة علي ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس هنا لا يتم المط
فحق العبارة ان يقال فلا يلحق به بطريق القياس والدلالة قوله وقال ابو
يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا اقول لقائل ان يقول
البينة انما تسمع من المدعى والمشتري لا يدعي علي الشفيع شيئا ولهذا لا
يتحالفان بالاتفاق كما مرّ آنفا فلزم ان لا تصح بينة المشتري اصلا فضلا
عن ان ترجح علي بينة الشفيع كما قاله ابو يوسف ثم اقول يمكن الجواب عنه
بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة
حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينة اذا اقامها
كما في المودع اذا ادعى ردّ الوديعة علي المودع واقام عليه بينة علي ما عرف في
محله واما الحلف فانما يجب علي من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب علي من
كان مدعى عليه صورة الا يري ان المودع اذا ادعي ردّ الوديعة علي المودع
وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف علي المودع لكونه منكر الضمان حقيقة

فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوي من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص صح

ولا يجب علي المودع مع كونه في صورة المدعي عليه بردّ الوديعة عليه فكان
للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب علي خصمه الحلف
اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء علي كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين
ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجعلهما ما ذكرنا مر
به ما ذكر، قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري
ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره
جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المص بقوله ولهما انه لا تنافي
الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى اوليهما محمد واخذ بها وحكى ثانيتهما
ابو يوسف ولم ياخذ بها كما ذكروا في الشروح قوله وهو التخريج لبينة
الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد
ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف
في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض
الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري
في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتامل في الدفع قوله و
بعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه اقول
يرد علي ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم
تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول ويدل علي لزوم
الفسخ هنا ايضا قول المص فيما قيل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث
نفي ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب
ان مراد المص بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما
ههنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع

كيف وقد صرح في غاية البيان وعامة معتبرات الفتاوي بانه اذا اقام احدهما البينة علي الانزاد قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة فلو كان جعلهما فيما اذا اقاما البينة كون المدعي هو الشفيع دون المشتري كما ذكره صدر الشريعة لما قبلت بينة المشتري حين اقامها علي الانزاد سيما علي كون البينة وظيفة المدعي دون المنكر منه

ههنا لا الفسخ في حق المتعاقدين والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا
هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المص ههنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث
هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما ههنا فبخلافه اي لا يظهر في حق الثالث
وثمرة هذا الخلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور
من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث ههنا وهو الشفيع فيأخذ
الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المص ذلك
قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره ههنا
في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود
البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج
الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا
المقام بهذا الوجه مما يهم وقد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في
كثير من المواضع **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** لما فرغ من
بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع
في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن و
الثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع
ولاية التملك على المشتري بمثل ما ملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل
ما ملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل
المبيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها
الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل
المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو النص فلا بد من
ذكره ههنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل

ما يتملك

ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر
وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضى به في حق المشتري رضى به في حق
الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقريره
لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالثمن
الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل ان يقول
لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع
والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك
والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا
كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة
ان ذاك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى
ان يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا و
تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في
حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا
احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات
لجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه
للقول بانه لا بد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا
كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند
قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء
القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله**
ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل

وان اخذها من المشتري رجع البائع علي المشتري بثمن موجل كما كان قال
صاحب العناية وان اخذها من المشتري رجع البائع علي المشتري بثمن
موجل الي آخره يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ
كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما
كان مقتضي العقد والاجل مقتضي الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه
انتهى واقتفي اثره الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره
عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما
اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف
في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الي الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد
جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري
واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد
بان انتقالها الي الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا و
انما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادي اليه قول المص في اواخر
باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري
فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي
الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى فالصواب
ان قول المص ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن
المشتري اشارة الي صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري
وقوله لما بينا من قبل اشارة الي ما ذكره في باب طلب الشفعة و
الخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الي المشتري ويتحول
الصفقة الي الشفيع علي ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري

رجع

رجع البائع علي المشتري بثمن موجل كما كان اشارة الي صورة اخذها
من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جري بينهما لم
يبطل باخذ الشفيع الي ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما
نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه
من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان
كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور
فلا غبار علي شيء منهما اصلا قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال
بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب
العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف
الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نم انه ليس بمتمكن
من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول
فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل قول ابي يوسف
الآخر كما تري فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح
المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه داب المص في نظائره واما ثانيا
فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما
لا يفهم من عبارة المص في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف
يصح حمل كلام المص عليه واما ثالثا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم انه
ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا
مما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل قول ابي يوسف الآخر في هذه
المسئلة لان دليله علي ما ذكر في المبسوط وفي شروح هذا الكتاب
حتي العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال

فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال
وقد اشتراه موجلا اشارة صح

لا يتمكن من الاخذ علي الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او
الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يبد
فيه فائدة لا للاعراضه عن الاخذ انتهي ولا يذهب علي ذي مسكة ان منع
تمكنه من الاخذ في الحال بناء علي تمكنه منه بان يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا
في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ علي الوجه الذي يطلبه
فان اداء الثمن حالا ليس علي الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة و
خلاف ابي يوسف في قوله الآخر فيما اذا لم يختر الشفيع اخذها بثمن حال بل
اختار الانتظار الي حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان
يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المص وهو متمكن من
الاخذ في الحال الخ علي تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رح بان يجعل دليلا بحسب
المعني علي ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي و
كثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف
الآخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ
بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل لشفعته
انتهي تبصر **فصل** مسائل هذا الفصل مبنية علي تغير المشفوع اما بالزيادة
او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا علي غير المتغير كان
جديرا بالتاخير في فصل علي حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ
بالقيمة دفعا علي الضررين بتحمل الادني فيصار اليه قال صاحب النهاية في
تفسير قول المص وهذا اي وهذا المدعي الذي قلنا وهو ان لا يكلف
المشتري بقلع البناء انتهي وبذلك المعني فسره سائر الشراح ايضا و
لكن بعبارات شتي فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا يكلف وقال صاحب

الكفاية اي قول ابي يوسف انه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب
معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس
اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في
قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلا علي ما كان قوله ولابي
يوسف انه محق في البناء الخ دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ
بالقيمة الخ علي ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من
عادة المص في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية مسئلة بعد بيان
انيتها يسلك هذا المسلك ايضا اي ان مفاد الدليلين مختلف من حيث
الانية واللمية وان كان اصل المدعي واحدا فكانهما صارا دليلين علي شيئين
مختلفين فليكن هذا علي ذكر منك فانه ينفعك في موارد ها وقد كنت نبهت
عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوي من حق المشتري
لانه يتقدم عليه اقول ههنا كلام وهو ان المص قال قبيل باب طلب
الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها
حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الي الشفيع الا بالتراضي او بقضاء
القاضي وبين ذلك وما قاله ههنا تدافع فان المنفهم مما ذكره هناك تقدم
المشتري علي الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الي
الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره ههنا صريح في تقدم الشفيع علي
المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقدم الشفيع علي المشتري
في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري علي الشفيع في التملك والتملك
مغائر للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان
للشفعة احوالا ثلثا الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت بالبيع

وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس صح

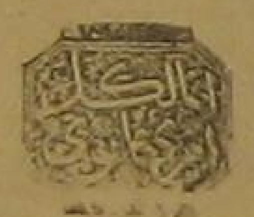
قيمة البناء والغرس في قول ابي يوسف علي الشفيع بل هو مخير بين الاخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين الترك لكن الظاهر ان المراد وجوب قيمة البناء والغرس علي تقدير الاخذ دون الترك فلا محذور

اصل مدعي ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ صح

الملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي
فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا
ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف
الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف
بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا
من جهة **اقول** فيه بحث لان المص علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما
قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد
فيها ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح
تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد
فيها ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول
فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط
فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من
غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الخ متصل
بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى انه مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف
الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط
من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة
من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيها ضعيف ناظرا الى
قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار
وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رح لان عدم جواز استرداد
البائع في الشرى الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي
حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى

اقول

اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشرى الفاسد
ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله و
صار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشرى
الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا
في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون
مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي
حنيفة بمذهبه في الشرى الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث
قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على
ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياس
المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه
فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة ثم اقول
الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشرى الفاسد
قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المص في فصل
احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو ح
وقد نقل صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح
ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع ابي حنيفة انتهى وكذا
يعني به ان يكون للبائع حق الاسترداد بعد البناء
لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المص بقوله وعن
ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الخ وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما
مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو
بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف
المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر



بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك عنه صرح بذلك كله ابو الحسن
الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون
قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه
في هذه المسئلة مبتنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشري
الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيها و
يكون تقييد المص قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا
عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر
قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا
ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان
الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على
مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي ح
ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في
الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متنوعات
قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي
يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره
وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد
للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات
مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهناه عليه من قبل كان
قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة
فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور
مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في

شرح

شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح
على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على
صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذكور بوجهين آخرين حيث
قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على
مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية
او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما انتهى كلامه اقول في كل
من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المص بصدد بيان وجه ظاهر
الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية
واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد
بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط
من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك
في موضعه دون غيره وقد جعله المص ههنا دليلا اول فكيف يبتني عليه تمام
الدليل الثاني الذي كلامنا فيه فتبصر تفهم قوله والفرق على ما هو المشهور ان
المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في
حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول كان الاولى ان يقال
لا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا من البائع ولا من المشتري ليعم ما
اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة
البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب
اليد جبرا بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور
في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على

صاحب الهداية جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورده صاحب الاصلاح والايضاح
التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء او الغرس على احد لا لانه
اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري
انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته انتهى اقول ليس ذلك بشيء لان قيد
الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك
الراد نفسه ايضا اخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك
مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ
بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لا انه يعتبر عدم اختياره
ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري
مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول
وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار
عدمه في الثاني تامل نعم بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح
وهو انه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور و
عدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم
الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من
تقرير المعترض يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو غير واضح
سيما بين الشفيع الآخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن
الجواب بان يقال سبب الغرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع
كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من
جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع
التزام للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه

اي السلامة عن الاستحقاق كما افصح عنه صاحب الكافي حيث قال والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا من جهة البائع انتهى

لكن

لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا **باب ما يجب فيه الشفعة**
وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس
الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة
في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ماله اصل من دار او ضيعة اقول
تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في
تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء
عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه
الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف
يقتضي المغائرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار
اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى
حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على
ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم يسمع قط ثم اقول قال
الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من
دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين
المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما
يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهما
فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في
الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال
الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض
والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد

اي ثابتة

من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في
كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض
والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير
الاخص بالاعم كما ترى قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة
والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه
الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في
الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض
والسفن فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع
وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان
قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون
الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض
والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت
من اين نفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط
دون السفن ولا الى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك
حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن
كما ذكره المص فتأمل قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة
او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة
انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط
الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة
في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا

كان

كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ
له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو
اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك انتهى
اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان يأخذه بلا عوض بالسبب الذي
تملك به المتملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضى
الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك
الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى
المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس
لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا
تاثير لحديث عدم رضى المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم
ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة
في الموهوب والموروث وامثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة
عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار في
معاوضة مال بمال فنقتصر عليها قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان
هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي
مهر المثل واجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح
والاعتاق انتهى اقول في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة
الاعواض التي جعلت بدلا للدار في العقود المذكورة لا في قيمة نفس الدار و
العوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد
على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت
قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين

قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار
لكون كل منها عوضا من الدار ولم تقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر
الصور في نفس العناية ايضا ثم انّ بعض الفضلاء لما تنبه لاجال ما قلنا قال
(مولانا السعدي)
كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتأمل انتهي اقول
لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فانّ العبد مأخوذ
في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام
في قيمة الاعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض
اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من قبيل الاعتاق متقوما لا بدّ له من المصير
الي قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا علي اصله واما التحقيق من قبلنا فسيجيء
من بعد **قوله** وكذا الدم والعتق متقوم قال في العناية اما اذ دهما الا انّ
تقوّمهما ابعد لانهما ليسا بما لين فضلا عن التقوّم انتهى اقول فيه بحث
لانّ تمامه يتوقف علي كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن
متقوّمة وليس الامر كذلك فانها ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه
قول المص فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال وقوله في باب المهر
من كتاب النكاح انّ المنافع ليست باموال علي اصلنا والحق عندي في
تعليل انّ تقوّمهما ابعد ان يقال لانهما ليسا بمتقوّمين اصلا اي لا بالتقوّم
الضروري ولا بغير الضروري بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها
متقوّمة بالتقوّم الضروري كما مرّ آنفا **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في
البيوع فلا نعيده قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة
بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشتري دارا علي
انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الي آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب

الاشكال

الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لانّ الجواب يتضمن السؤال و
قيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى كذا
في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك انّ قوله فلا
نعيده يا با عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع ايضاحه في بيوع
كفاية المنتهى لانّ ذكر شيء في كتابه هذا بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعدّ
اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة
لكونها مذكورة في كفاية المنتهي **قوله** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا
فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا
تلويح الي انّ عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لانّ الفساد اذا
كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق علي حاله انتهى وقال بعض الفضلاء في
(مولانا السعدي)
بيان وجه التلويح حيث اتي بالجملة الفعلية الدالة علي الحدوث لا الاستمرار
انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لانّ حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع
في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة
الثانية اظهر واجلى لانّ الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد و
اما في الصورة الاولي فهو حاصل في الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد
بالنسبة الي الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن
ملوّحا الي الثانية فلا اقلّ من ان لا يكون ملوحا الي الاولي والصواب انّ
وجه التلويح الي ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي
هو اصل العقد فعلم به انّ المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري
وهذا انما لا ستره به **قوله** وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي
اثبات حق الشفعة تقرير الفساد • واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت

المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا
يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع
فسخها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه
ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت
لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو
اسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاك
البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري
لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا
يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح
واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا
مولانا السعدي
ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط
كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس هذا
بشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد
بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط
المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط
نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه
واما امكان عدم اسقاط ما يصلح لان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان
الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق
جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين
غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار
القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه

مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه
كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام ههنا في البيع الفاسد فلا معنى للايراد
المذكور اصلا **قوله** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة
لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت
الا في المبادلة المطلقة قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم
لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون
المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق
الشفعة ان لم يكن متقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل
من كونه معه وقد تأخر عنه ههنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به يزول
ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر واما ثانيا
فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو
التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع
فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة
وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان
يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان المقاسم
انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم
الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور
ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة واما اذا لم يثبت له حقها لمانع
كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا
عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة
فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا

قوله ان وجه التعذر هو ان وجوبها لاحد
المقاسمين يستلزم وجوبها للآخر لاشتراكهما
في سبب الاستحقاق فيلزم ان يأخذ
كل واحد نصيب الآخر بالشفعة ثم
وثم الى غير النهاية فتأمل تقف

يلزم فيه ان يتقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد
بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله
وهم اصحاب النهاية وغاية البيان ومعراج الدراية
او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب
العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله
او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله
هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد
يعقوب باشا
نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب
الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين
القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل
انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب
الهداية بحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد
القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا
من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو
لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان
التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية
الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله
هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه
صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده
ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض
ههنا بعد بيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي
ان يذكره قبله اثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط

او بعيب بقضاء قاض وهذا انما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة باساليب
كلام الثقات سيما المص واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء
بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير
كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض
وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف
في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه
فرد آخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذلك الفرد الآخر وههنا
كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا
غاية الامر ان تاثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد
القبض تامل **باب ما يبطل به الشفعة** لما كان بطلان الشيء
يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة
قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك
بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا
مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد
ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان
الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب
في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع
من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما ما لم يكن تركه
مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد
نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد
في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من

التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في
النهاية ومعراج الدراية واكتفى شارح الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير
الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا ترك الشفيع الاشهاد
اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب
بالكلية وقرر صاحب العناية ايضا بافراده به ولكن قال بعده و
انما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان
ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا
لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه اقول فيه خلل لان جعل قول المص ههنا
لاعراضه عن الطلب عاضدا اي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في
الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه
الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد
دون ان يقول وهو الذي اشار اليه صاحبا النهاية ومعراج الدراية
بقولهما والتعليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما
ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المص من قبل والمراد بقوله
في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا
لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المص هناك
بقوله المزبور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة
لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب
المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه
ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر

البنا

ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف
يتصور ان يكون احدهما عاضدا للآخر قوله وان صالح من شفعته على
عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في
المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال
صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض
بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس
بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح
الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز
من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه
ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان آجرتنيها
او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول
هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المص بقوله لان
حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله
ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض
عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الى آخره
دليلا على قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على
ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المص بادنى تامل ان حق التوزيع على
عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا
التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله
فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في

الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المص ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط
حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال
الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها
لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعه لغيره فهذا
ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان
تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد و
ما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا نزل
الا بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل
هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول
الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل
اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط
سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل
المكفول له على مال حتى يبريه من الكفالة ثم لم يجب العوض لم تثبت
البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في
في باب الخلع والصلح عن دم العمد فانه يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا
وجد القبول من المراة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا واما الصلح عن الكفالة
بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب
الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب
الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرا ويحتاج الى الفرق
والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن يسلم له فانه متى اخذ

الدار

الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض
بازاء التسليم فلا بد من القول لسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له
فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط
حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور
الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب
المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس
له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق
باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق
اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر
صاحب الغاية اولا كلام الشيخ ابي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال
واورد الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع
قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعته ايضا الى آخر
كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون
لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا
كان على بعض الدار صح اولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان
ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض
والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح
فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول
فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى ان
الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة
قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله

على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعمّ بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ لا يصلح شيء منها لان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وانّ مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة وردّ العوض يعمّ ايضا ما صحّ الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصحّ الشرط ولم تبطل الشفعة وما صحّ الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص انّ الصلح اذا كان على بعض الدار صحّ او لم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما ثم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرّح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكنّ الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادّعاها صاحب العناية واما ثانيا فلانّ تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتمّ لانّ فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرّح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نصّ عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبّر قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بيّنا اشار به الى قوله لانّ حق الشفعة ليس بحق متقرّر في المحل بل هو مجرّد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء (مولانا السعدي) وانت تعلم انّ ما بينه لا يفي بتمام المدّعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بدّ من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بيّنه من قبل وهو قوله لانّ حق الشفعة ليس بحق متقرّر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات

المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتمّ به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لانّ البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيعتبر كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى قوله واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلّم ثم علم انها بيعت باقلّ او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقلّ مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا لانّ اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر انّ الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرّض انّ قيمة المكيل والموزون اقلّ من قيمة الذي اشتراها به او اكثر وكذلك تعليله دالّ عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دالّ عليه وهكذا ايضا استدلّ في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلو اخبر انّ الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلّم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو انّ الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقلّ مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلّف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فانّ التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمّى فلان لا يصح اذا ظهر اقلّ اولى انتهى اقول ما ذكره صاحب

العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب
بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما
اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا
فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الراي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه
مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مهتما في هذا المقام
كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى
فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد
القيدين **قوله** واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره
فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار
هذا لا يكون رضى بجوار ذاك كذا في الكافي قال محمد رحمه في الجامع لو قال الشفيع
سلمت شفعة بهذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره
فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق
لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط
ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد
في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز
من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر
الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المص ونقلناه عنه وذكرنا
ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء (مولانا السعدي) دفع ذلك حيث قال وانت دفع ح
خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على
الاعراض عن الشفعة والرضاء بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر
للشفيع اداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذ

وكذا

وكذا التسليم لزيد لا يدل على الرضاء بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول
ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على
الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور
في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل
على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما
كلام المص فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى و
لا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز
من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط لا الشرط الجائز
المخصوص لجواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد
واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق و
العتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا
محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط
الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض
تامل تعقب **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في
هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة
يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه
على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص
له من اذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة
تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء (مولانا السعدي) حيث قيد قول صاحب العناية يتاذى به في قوله
لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز
ان يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار اخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى اقول

الاظهر عندي ان يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتاذّي
به دفع تاذّي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا
دفع مجرّد تاذّي نفس البائع ولا يذهب عليك انّ هذه الفائدة ممّا يتحقق في كثير
الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبّر **قوله** والاوجه ان يباع بالدراهم
الثمن دينار حتي اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب ردّ الدينار لا غير قال صاحب
النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوي قاضي خان فقال ومن الحيلة انه اذا اراد
ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف
وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها
ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحقت الدار علي المشتري لا يرجع
المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه
ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري علي البائع
ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف انتهي واقتفي اثره صاحب العناية
في بيان معني المص هذا بذلك المعني المذكور في فتاوي قاضي خان الا انه لم كلام ح
يتعرّض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المص هذا حيث قال
وقوله والاوجه الي آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الي
آخر ما ذكر في النهاية معزيا الي فتاوي قاضي خان اقول لا يذهب علي ذي
فطنة انّ معني كلام المص هذا ليس عين ما ذكر في فتاوي قاضي خان وفي الشرحين
المذكورين فانّ معني كلامه ان يباع بكل الدراهم التي هي الثمن دينار ومعني
ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما
اذا استحق المشفوع فيجب ردّ الدينار لا غير وقالوا انه لا يرجع المشتري
بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه ثم كلا المعنيين مشتركان في ان يتمّ الجواد

والشركة

والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار
عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار احدهما نظير الآخر في
الحيلة لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفي **قوله**
ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح وتكره عند محمد رح قال في
العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم انّ الحيلة في هذا الباب اما
ان تكون للرفع بعد الوجوب او للدفع فالاوّل مثل ان يقول المشتري للشفيع انا
اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم فيسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع
والثاني مختلف فيه قال بعض المشائخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي
ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة علي فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره
الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانّما الخلاف في فصل الزكوة انتهي اقول في هذا
التقرير شيء وهو انّه امّا ان يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع
والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة او يراد بذلك اجماع
المشائخ واختلافهم في الرواية واياما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما
علي الاوّل فلانّ القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لانّ اختلاف
الاجتهاد في الثاني انّما كان علي قول بعض المشائخ من الرواة وامّا علي قول بعضهم
فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانّما الخلاف بينهم في
فصل الزكوة كما ذكره واما علي الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشائخ
غير مكروه الي آخره فلانّ القطع بكون الاوّل مكروها لا يصح حينئذ لانّ شمس الائمة السرخسي
روي عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة علي كل حال حيث قال في باب الشفعة
بالعوض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق
الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب

اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده التدفع عن ملك نفسه ثم قال و
قيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال
لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكوة انتهى قال الامام قاضي خان في
فتاواه ذكر محمد رح في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة
قالوا على قول ابي يوسف لا تكره وعلى قول محمد تكره وهذا بمنزلة
الحيلة لمنع وجوب الزكوة ومنع الاستبراء على قول ابي يوسف لا
تكره وقال بعض مشائخنا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد
الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان
كان الجار فاسقا يتاذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام
شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق
الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلا شك
كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد
وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال
لدفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر
ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى
هنا لفظ فتاوى قاضي ينبغي به الاصل للامام محمد
خان



